No. 5 2013

Revista Ecuatoriana de

ARBITRAJE

Lucas Bento
Francisco González de Cossío
Rodrigo Jijón Letort
Daniela Páez Salgado
Eduardo Silva Romero
Jaime Vintimilla Saldaña
Pablo Zambrano Albuja
Eduardo Zuleta Jaramillo

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Quito - Ecuador
2013

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

El contenido intelectual y de investigación de esta obra
son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

Portada:

Idea original: Francesca Magnoler

Revisión y Corrección Ortográfica
Staff Cevallos editora

Diseño editorial y Diagramación:

Ing. Roberto Cevallos Añasco
Diseño y comunicación visual
« cevallosluisroberto@gmail.com »

Impresión: Fausto Reinoso,
Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, of. 203, Quito

ISBN 13: 978-9978
Derechos de autor: 0
Edición: Quito, 2015
Tirada: 00 ejemplares

Comité Editorial:

Alejandro Ponce Martínez
Juan Manuel Marchán
Rodrigo Jijon
Diego Romero
Armando Serrano

Las artes gráficas-digitales: portada, ilustración, tratamiento fotográfico y diagramación de texto, son propiedad de **Cevallos® editora** y no pueden ser utilizados por terceros bajo ningún concepto para trabajos gráfico-editoriales similares.

CONTENIDO

1. Presentación 9

2. Sección Monográfica

- Síntesis de principios de derecho a partir de los casos presentados ante el CIADI en contra del Ecuador
  Lucas Bento 15

- Arbitraje de inversión en Colombia
  Eduardo Zuleta 57

- Los derechos colectivos territoriales de los pueblos y nacionalidades indígenas en el arbitraje internacional de inversiones
  Jaime Vintimilla Saldaña 81

3. Sección de Ensayos y Doctrina

- Los lineamientos de la international bar association sobre representación en arbitraje: *much ado about nothing*?
  Francisco González de Cossío 119

- De la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional y materias aledañas
  Eduardo Silva Romero 133

- ¿Cabe la aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje comercial?
  Rodrigo Jijón L. y Daniela Paez 161

- El principio Pacta Sunt Servanda en las controversias derivadas de los Tratados Bilaterales de Inversión: Análisis del caso Murphy Exploration and Production Company vs. República del Ecuador (CIADI No. ARB/08/4)
  Pablo A. Zambrano Albuja 183

Síntesis de principios de derecho a partir de los casos presentados ante el CIADI en contra del Ecuador

4. Sección Sobre los Autores 203

1. Presentación

Es una satisfacción para el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA) presentar la quinta edición de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje, correspondiente al año 2013. La publicación de este número se enmarca dentro de los objetivos institucionales del IEA de promover la discusión y difusión a través de la academia, de forma independiente y objetiva, sobre un tema de relevancia jurídica en el país como es el arbitraje. El esfuerzo realizado por reunir académicos de la talla que se presentan en esta edición, consideramos es un logro importante, que estamos seguros será un aporte para sus miembros y para la comunidad arbitral local e internacional.

El año 2014 se produjeron acontecimientos que inciden en la realidad nacional arbitral. Entre los más relevantes, debemos resaltar la decisión tomada por el Tribunal Arbitral conformado bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el caso Perenco Ecuador Ltd. vs. Ecuador (Caso CIADI, No. ARB/08/6). Después de 6 años, el Tribunal resolvió acoger los dos principales reclamos presentados por la empresa francesa: el incumplimiento del estándar de "trato justo y equitativo" del Tratado Bilateral de Inversiones firmado entre Ecuador y Francia; y, por considerar una expropiación a la declaratoria de caducidad de los contratos de Perenco, por la operación que mantenía en los bloques 7 y 21. Con este fallo, Ecuador debe prepararse para la etapa de daños.

En el arbitraje local, la posición de la Corte Constitucional sorprendió cuando, modificando sus precedentes, el 24 de junio de 2014 avocó conocimiento de la Acción Extraordinaria de Protección presentada directamente por Quasar Náutica Expeditions S.A. (CASO No. 0543-14-EP), sin agotar la impugnación previa vía acción de nulidad.

El año 2015 prevé desafíos en materia de arbitraje, como: (i) La adopción del nuevo Código Orgánico General de Procesos; (ii) La resolución de importantes casos de tribunales arbitrales del CIADI relativos al Ecuador; (iii) El informe final de la Comisión para la Auditoría de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA) ; y, (iv) la creación del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR.

En este sentido, la quinta edición de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje expone en su mayoría el arbitraje de inversiones, a través del aporte sustancial de connotados juristas nacionales y extranjeros, que en forma crítica y apolítica, analizan académicamente este tema. A su vez, este número se ve enriquecido por otros temas de interés para el arbitraje nacional, que hoy los ponemos a su consideración.

Agradecemos a los miembros del IEA que han impulsado la publicación de esta revista. A todos y cada uno de los autores que enriquecen con sus pensamientos y aportes temas de trascendental importancia para la comunidad arbitral. Convocamos el compromiso de todos los profesionales del derecho a reflexionar a través de la lectura crítica y objetiva de los artículos entregados en esta quinta edición.

Guayaquil, mayo de 2013.

Eduardo Carmigniani

Presidente
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Juan Manuel Marchán

Director de la Revista
Ecuatoriana de Arbitraje

www.pbplaw.com

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE
PBP

pbp@pbplaw.com
QUITO
GUAYAQUIL
ECUADOR

2. Sección Monográfica

Síntesis de principios de derecho a partir de los casos presentados ante el CIADI en contra del Ecuador

Lucas Bento

Sumario

1. Introducción. **2.** Síntesis de las decisiones del CIADI relativas al Ecuador **2.1** Constitución del Tribunal. **2.2** Medidas provisionales **2.3** Jurisdicción **2.4** Responsabilidad. **2.4** Recursos. **2.5** Anulación. **3.** Conclusión.

1. Introducción

En 2009, después de haber sido miembro por veintidós años,[1] el Ecuador se retiró del Convenio del CIADI.[2] La trayectoria del Ecuador como parte en arbitrajes ante el CIADI generó jurisprudencia que explica, confirma y desarrolla principios de derecho que serán de interés para la comunidad legal internacional. En efecto, actualmente se están debatiendo y desarrollando varios principios de derecho internacional de inversión como consecuencia de arbitrajes resultantes de procedimientos arbitrales relativos a inversiones que involucran a estados latinoamericanos.[3]

1. El Ecuador fue uno de los primeros países sudamericanos que firmaron el Convenio del CIADI en 1986; le precedió únicamente la República Cooperativa de Guyana (1969).
2. CIADI, artículo de noticias, *Ecuador Submits a Notice Under Art. 71 of the ICSID* Convention (julio 9, 2009) *disponible en* http://tinyurl.com/289ct5p.
3. *Véase* Silvia Karina Fiezzoni, *The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration*, Beij. L. Rev. 2, 134 (2011) ('Un porcentaje significativo del conjunto total de casos del CIADI es en contra de Estados latinoamericanos.'); CIADI, *Informe Anual 2012* [en adelante el 'Informe Anual del CIADI'], 27 *disponible en* http://tinyurl.com/qcotfn3 (que indica que el 26% de los casos del CIADI fue iniciado en contra de Estados latinoamericanos y del Caribe, lo que coloca a la región

Habiendo analizado todos los laudos y decisiones publicados de todas las etapas de arbitrajes ante el CIADI en contra del Ecuador ('las decisiones del CIADI relativas al Ecuador'), este artículo busca sintetizar los principios fundamentales desarrollados en esas decisiones. Presenta esos principios de manera temática y sigue la progresión típica de un arbitraje ante el CIADI, desde la constitución del tribunal hasta los procedimientos de anulación. Concluye con las lecciones que nos deja la práctica del arbitraje internacional relativo a inversiones y sus perspectivas futuras.

2. Síntesis de las decisiones del CIADI relativas al Ecuador

Muchos de los procesos iniciados en contra del Ecuador han presentado, interpretado y desarrollado antiguas y novedosas cuestiones de derecho. Esta sección busca sintetizar los principios de derecho derivados de las decisiones del CIADI relativas al Ecuador[4] para guiar a tribunales, abogados y órganos encargados de la formulación de políticas en futuras controversias.[5] Los laudos y otras decisiones arbitrales, como cualquier forma de decisión de juzgamiento, tienen doble valor. En primer lugar, como decisiones vinculantes, resuelven la controversia en cuestión; en segundo lugar, como una forma de precedente o de jurisprudencia constante (sea vinculante o persuasiva), sirven de guía para la resolución de futuras controversias.[6] Si bien 'los tribunales arbitrales constantemente reconocen que en el derecho internacional no existe una doctrina del precedente vinculante',[7] en la práctica, sin embargo, los tribunales consideran seriamente la jurisprudencia, señalando que 'todo cuenta'.[8] De hecho, '[u]na jurisprudencia coherente fortalece la previsibilidad de las decisiones y refuerza su autoridad'.[9] Como observó un tribunal en el caso *Noble vs. Ecuador*, los tribunales del CIADI 'deben procurar promover el desarrollo armonioso del derecho de inversión y satisfacer con ello las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversionistas hacia la certeza del régimen de derecho'.[10] A pesar de este noble objetivo, el desarrollo de un cuerpo de leyes armonioso en el derecho internacional de inversión es una labor inconclusa. De hecho, algunas de las decisiones del CIADI relativas al Ecuador muestran incoherencia en los resultados. Mediante una síntesis y una sistematización de los principios de derecho a partir de las decisiones arbitrales, se espera poder identificar las irregularidades para poder proponer e implementar medidas correctivas apropiadas tanto en el ámbito académico como en el profesional.

Desde una perspectiva macro, las decisiones del CIADI relativas al Ecuador son sumamente apropiadas para estudios de casos como el presente, porque captan una visión panorámica de la vida procesal de un arbitraje ante el CIADI. Desde asuntos relacionados con la constitución del tribunal hasta procedimientos

en segundo lugar en la clasificación del CIADI por distribución geográfica de nuevos casos registrados en el ejercicio económico que terminó en 2012).

4. Una de estas no es una decisión del CIADI en sí, sino una decisión de la Corte Permanente de Arbitraje, *véase infra* n. 15, pero está, no obstante, relacionada con un arbitraje del CIADI. Pero *véase* Leon E. Trakman, *The ICSID Under Siege*, 45 Cornell International Law Journal 603, 605–606 (2012) ('La cuestión de si la jurisprudencia de arbitraje internacional en general puede evolucionar para convertirse en principios comúnmente aceptados de derecho internacional de inversión es materia de debate.').
5. *Véase en general*, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009) (que extrae reglas de los casos relativos a inversión internacional).
6. *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/08/5 ante el CIADI, Decisión sobre responsabilidad [en adelante la 'Decisión sobre Responsabilidad], párrafo 221 ('[L]as afirmaciones de un tribunal en materia de inversión internacional pueden proporcionar una guía tanto a los inversionistas como a los Estados receptores y pueden servir para predecir las decisiones de otros tribunales en el futuro.').
7. Andrés Rigo Sureda, *Precedent In Investment Treaty Arbitration*, *en* International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer 933 (Christina Binder et al., ed., Oxford University Press 2009); *Burlington*, *supra* n. 6, Decisión sobre responsabilidad, párrafo 221 ('Es correcto que no existe ninguna regla formal de *stare decisis* en el arbitraje internacional relativo a inversiones.').
8. *Burlington*, *supra* n. 6, Decisión sobre responsabilidad, párrafo 221; Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* 33 (Oxford University Press 2012) ('[L]os tribunales sí se basan en decisiones previas de otros tribunales, cuando pueden hacerlo. La discusión de casos previos y de las interpretaciones adoptadas en ellos es una característica regular en prácticamente toda decisión.').
9. *Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 9, 33.
10. *Noble*, *infra* n. 11, Decisión sobre responsabilidad, párrafo 50 (que indica que '[e]l Tribunal considera que no está obligado por decisiones previas. Al mismo tiempo, es de la opinión de que debe considerar debidamente decisiones anteriores de tribunales internacionales. Cree que, con sujeción a fundamentos convincentes en contrario, debe adoptar soluciones establecidas en una serie de casos coherentes.'); Duke Award, *infra* n. 65, párrafo 117 (lo mismo); *véase también* Trakman, *supra* n. 4. 45, 626 ('Una defensa en arbitrajes de Estados inversionistas ante el CIADI es que la jurisprudencia del CIADI, aunque no sienta precedente, es, no obstante, más segura y más estable que un sinnúmero de cortes nacionales que aplican leyes locales divergentes a controversias de Estados inversionistas.').

de anulación, estas decisiones ofrecen una introducción a la mecánica del arbitraje internacional y las reglas y principios que aplican los tribunales. Las decisiones también reflejan, al menos en un sentido metafórico, del 'ciclo de vida' del Ecuador en la institución. El 15 de enero de 1986 el Ecuador se convirtió en Estado Contratante del Convenio del CIADI, que entró en vigencia en el Ecuador el 14 de febrero de 1986.[11] El retiro del Convenio por parte del país se dio en dos pasos. En 2007, el Ecuador notificó al CIADI que, de conformidad con el Artículo 25.4 del Convenio del CIADI,[12] ya no consentiría en someter a su jurisdicción 'las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros'.[13] La decisión del Ecuador de retirarse del CIADI fue, por lo tanto, evidentemente motivada por acontecimientos políticos, legales y económicos en sus industrias extractivas –un sector estratégico–.[14] Posteriormente, en 2008, el Ecuador adoptó una nueva constitución (la 'Constitución') que limitó las circunstancias bajo las cuales el Ecuador podría celebrar tratados que contemplen el arbitraje internacional. El efecto de esa enmienda constitucional fue la creación de una tensión inmediata e irreconciliable entre la Constitución y los objetivos del Convenio del CIADI. Esto, a su vez, condujo a la emisión de un decreto presidencial en el que se denunció el Convenio del CIADI. El 6 de julio de 2009, el Ecuador notificó al Secretario General del CIADI sobre

11. *Noble Energy y Machalapower Cia. Ltd. vs. República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso No. ARB/05/12 ante el CIADI, Decisión sobre jurisdicción (marzo 5, 2008), párrafo 63.
12. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, marzo 18, 1965, 575 U.N.T.S. 159 [en adelante el 'Convenio del CIADI'], Artículo 25.4 ('Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes.')
13. Cristoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* 344 (Cambridge University Press 2009).
14. Las industrias extractivas están profundamente interrelacionadas con los intereses del estado, entre ellos la seguridad energética, la conservación ambiental y el desarrollo económico. *Véase* Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Asuntos Económicos y Comerciales, '2013 Investment Climate Statement-Ecuador' (febrero de 2013) *disponible en* www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2013/204634.htm ('El clima global en el Ecuador para las inversiones sigue siendo incierto puesto que sus políticas económicas, comerciales y de inversiones continúan cambiando. Si bien se han promulgado algunas leyes y reglamentos para incentivar una mayor inversión privada nacional y extranjera, *otras reformas legales han reducido la participación del sector privado en los llamados sectores estratégicos, particularmente en las industrias extractivas*') (énfasis añadido por el autor).

su denuncia, que entró en vigencia el 7 de enero de 2010.[15] Como se analizará más adelante, su salida no fue una sorpresa a la luz de acciones similares de países vecinos y fue, de hecho, proféticamente sugerida en una decisión jurisdiccional en que el tribunal señaló que, con el fin de evitar la naturaleza vinculante del Convenio del CIADI, el Ecuador 'debería, a través del organismo que maneja sus relaciones internacionales, liberarse del Convenio'.[16]

2.1 Constitución del Tribunal

De conformidad con el Artículo 14(1) de las Reglas del CIADI, los árbitros deben 'gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio'.[17] Una de las partes puede proponer la recusación de un árbitro 'en razón de cualquier hecho que indique la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por [el apartado 1 del Artículo 14 de las Reglas del CIADI]'.[18] Estas reglas existen para preservar la integridad, imparcialidad e independencia del sistema de arbitraje del CIADI y se puede afirmar que tienen sus raíces en principios establecidos de administración de justicia, como el principio de *nemo judex in causa sua*.

Los árbitros están menos aislados de la sociedad y de la profesión legal que los jueces tradicionales. Por ejemplo, algunos árbitros actúan como abogados en procesos similares; otros trabajan como miembros a tiempo completo del personal docente de escuelas de leyes. En consecuencia, puede ser más probable que los árbitros participen en discusiones críticas acerca de su profesión o de temas relacionados con su línea de trabajo que un juez estatal o federal. Estas actividades enriquecen el conocimiento colectivo

15. Después de la notificación de denuncia del Ecuador, el CIADI registró un único pedido de institución de procedimientos arbitrales en contra del Ecuador. *Véase Corporación Quiport S.A. et al. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/09/23 ante el CIADI. El caso fue posteriormente descontinuado luego de una transacción negociada entre las partes.
16. *Véase infra* n. 67.
17. Convenio del CIADI, Art. 14.1.
18. Convenio del CIADI, Art. 57.

de la profesión legal y deben ser alentadas. Sin embargo, también exponen a los árbitros al riesgo de ser recusados por falta de imparcialidad y de independencia,[19] lo que, a su vez, frustra la rapidez de los procesos.

Los siguientes casos demuestran la importancia de tener en cuenta lo que uno dice como árbitro y cómo las palabras abiertas a interpretación pueden ser interpretadas en contra del árbitro.

2.1.1 Se permite a un árbitro dar entrevistas públicas acerca de arbitrajes en curso ante el CIADI, pero este corre el riesgo de ser descalificado si dice cualquier cosa que tenga la apariencia de parcialidad

En el caso *Perenco Ecuador Ltd. vs. República del Ecuador*,[20] Perenco Ecuador Ltd. ('Perenco') inició un procedimiento arbitral en contra del Ecuador bajo el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Ecuador y Francia y dos contratos, alegando que la promulgación de la Ley 42[21] por parte del Ecuador violó sus obligaciones bajo los contratos y el tratado.[22] El Ecuador presentó una petición ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) para descalificar al árbitro nombrado por Perenco debido a comentarios que hizo en una entrevista acerca del Ecuador y sobre procedimientos pendientes ante el CIADI.[23] Aplicando las Directrices de la Asociación

19. *Perenco*, *infra* n. 23, Decisión sobre recusación de árbitro, párrafo 61 ('Obviamente, si un árbitro opta por discutir un caso pendiente con la prensa, corre el riesgo de que surja la posibilidad de hacer declaraciones que podrían dar lugar a dudas justificables respecto de su imparcialidad. Pero no existe ningún fundamento en las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados para aceptar el argumento del Demandado de que la decisión del Juez Brower de dar la entrevista debe, *en sí,* llevar a su descalificación.').
20. Caso No. ARB/08/6 ante el CIADI.
21. El 19 de abril de 2006, el Ecuador promulgó la Ley 42 y su reglamento de aplicación, que dispuso que el Ecuador recibiera el 50% de las rentas provenientes de ventas de petróleo por encima de ciertos precios predeterminados, independientemente de términos contractuales que dispongan de otra manera. La Ley fue enmendada en 2007 para incrementar la participación del Ecuador al 99%. *Véase Occidental Petroleum Corp. y Occidental Exploration & Production Co. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/06/11 ante el CIADI, Laudo, párrafos 246, 476.
22. *Ibid*. Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 17 (mayo 8, 2009).
23. *Véase Perenco Ecuador Ltd. vs. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso No. IR-2009/1 ante la CPA, Decisión sobre recusación de árbitro (diciembre 8, 2009), párrafo 27 (que reproduce los comentarios emitidos por el árbitro en la entrevista: 'Existe una cuestión de aceptación y de disposición de continuar participando, como lo ejemplifica lo que ha hecho Bolivia y

Internacional de Abogados sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, la CPA señaló que la 'cuestión pertinente' en este caso era si los comentarios emitidos en la entrevista constituían circunstancias que, 'desde el punto de vista de un tercero razonable con conocimientos sobre los hechos pertinentes, generan dudas justificables respecto de la imparcialidad o la independencia del árbitro'.[24] La CPA aprobó la recusación del Ecuador en contra del árbitro 'en razón de que, desde el punto de vista de un tercero razonable con conocimientos sobre los hechos pertinentes, los comentarios emitidos por [el árbitro] en una entrevista… constituyen circunstancias que generan dudas justificables respecto de la imparcialidad y la independencia [del árbitro]'.[25] Por lo tanto, si bien la CPA no determinó que el árbitro estaba 'realmente parcializado',[26] sostuvo que 'la combinación de las palabras escogidas' y 'el contexto en que las usó'[27] tuvieron el efecto global de crear 'la apariencia de parcialidad'.[28] Al hacerlo, la CPA efectivamente reafirmó el principio antiguamente establecido de que 'no solamente se debe hacer justicia, sino que debe resultar evidente e indudable que se ha hecho justicia'.[29]

lo que el Ecuador está haciendo. Actualmente, el Ecuador se está rehusando expresamente a cumplir con las órdenes de dos tribunales del CIADI con medidas provisionales interinas muy severas, pero simplemente dicen que deben hacer cumplir su ley nacional y que las órdenes no hacen diferencia alguna. Pero cuando países receptores recalcitrantes descubren que los demandantes van a actuar como lo hicieron quienes fueron expropiados en Libia, inician reñidos juicios en materia petrolera y empiezan a hacer seguimiento a los cargamentos y a hacer un trabajo detectivesco buscando a gente que invocará las cláusulas de cancelación simultánea en contratos de préstamo, etc., la política puede cambiar. Después de un cierto punto, nadie invertirá sin tener algo en que confiar.')
24. *Perenco*, *supra* n. 23, Decisión sobre recusación de árbitro, párrafo 4.
25. *Ibid*. párrafo 63.
26. *Ibid*. párrafo 44.
27. *Ibid*. párrafo 48 ('la combinación de las palabras escogidas por el Juez Brower y el contexto en que las usó tienen el efecto global de pintar un cuadro desfavorable del Ecuador de manera que se generan dudas justificables en un tercero razonable e informado acerca de la imparcialidad del Juez Brower.').
28. *Ibid*. párrafo 44 (énfasis en el original).
29. *Véase, p. ej.*, *R vs. Sussex Justices*, ex parte McCarthy, [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep. 233, 259, según Lord Hewart CJ.

2.1.2 *Un árbitro puede ser descalificado cuando el árbitro ha hecho comentarios no pertinentes acerca de la ética del asesor legal que representa a la parte que busca la descalificación*

En el caso *Burlington vs. Ecuador*,[30] mientras el tribunal consideraba su opinión sobre daños, el Ecuador presentó una exitosa petición para descalificar a uno de los árbitros. La recusación del Ecuador se basó en tres fundamentos. En primer lugar, el Ecuador afirmó que el árbitro había sido nombrado por la misma firma de abogados en un 'número de casos inaceptablemente alto'.[31] En segundo lugar, el Ecuador afirmó que el árbitro no había revelado circunstancias que podrían haber generado duda acerca de su imparcialidad, como las frecuentes designaciones por parte de la misma firma de abogados. Finalmente, el Ecuador reclamó por las observaciones del árbitro acerca de la ética del asesor legal del Ecuador hechas durante el procedimiento de descalificación. El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, que es el órgano encargado de conocer el procedimiento de descalificación en este caso, desestimó los dos primeros fundamentos, pero admitió el tercero, sosteniendo que los comentarios del árbitro acerca de la ética del asesor legal 'no cumplían ningún propósito en la tramitación de la propuesta de descalificación, ni para explicar circunstancias pertinentes a las afirmaciones de que el árbitro evidentemente carece de independencia o imparcialidad'.[32] La decisión es un útil recordatorio de que los árbitros deben tener en cuenta el alcance de sus comentarios, particularmente en procedimientos de descalificación.

2.2 Medidas provisionales

Las medidas provisionales (también conocidas como medidas interinas o preliminares) se refieren a los recursos que un tribunal arbitral puede otorgar para proteger a una parte antes de una resolución definitiva de una diferencia sobre el fondo de la causa.[33] De conformidad con el Convenio del CIADI, el tribunal 'puede, si considera que las circunstancias lo requieren, recomendar cualesquiera medidas provisionales que deban ser tomadas para preservar los respectivos derechos de cualquiera de las partes'.[34] Una parte también puede solicitar que el tribunal recomiende medidas provisionales para la preservación de sus derechos.[35]

La solicitud de medidas provisionales y el otorgamiento de tales medidas por parte del tribunal presentan temas importantes sobre la responsabilidad del estado y la soberanía,[36] así como el cumplimiento de esas medidas y su efecto vinculante.[37] En numerosos arbitrajes ante el CIADI en contra del Ecuador, se ha solicitado a los tribunales que emitan medidas provisionales.

30. *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/08/5 ante el CIADI, Decisión sobre la propuesta de descalificación del Profesor Francisco Orrego Vicuña (diciembre 13, 2013).
31. *Ibid*. párrafo 20.
32. *Ibid*. párrafo 79.
33. *Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 9, 281 ('El propósito de las medidas provisionales es inducir un comportamiento de las partes que tienda a una conducción exitosa de los procedimientos.'); *Occidental Petroleum Corp. y Occidental Exploration & Production Co. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/06/11 ante el CIADI, Decisión sobre medidas provisionales (agosto 17, 2007), párrafo 60 ('El Tribunal también pone énfasis en que el propósito de las medidas provisionales es garantizar la protección de derechos cuya existencia podría verse en riesgo en ausencia de tales medidas.'); *véase, en general*, Julia Peck y Lucas Bento, *Interim Measures: Arbitral Tribunals and Courts, en* International Arbitration in the United States (M. Lasswell, T. Cheng editores., próxima publicación, Kluwer Publishers 2013).
34. Convenio del CIADI, Art. 47.
35. El Reglamento para Procedimientos de Arbitraje del CIADI [en adelante las 'Reglas de Arbitraje'], regla 39.1 ('En cualquier momento después del inicio del procedimiento, una parte puede solicitar que el Tribunal recomiende medidas provisionales para la preservación de sus derechos. La solicitud especificará los derechos que han de ser preservados, las medidas cuya recomendación se solicita y las circunstancias que hacen necesarias tales medidas').
36. *Véase, p. ej.*, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán*, Caso No. ARB/01/13 ante el CIADI, Orden procesal No. 2 (octubre 16, 2002) 393 (que indica que '[e]l derecho a buscar el acceso a un pronunciamiento internacional debe ser respetado y no puede verse restringido por una orden de una corte nacional. Tampoco puede un Estado invocar sus leyes internas en defensa de un acto que sea incompatible con sus obligaciones internacionales. De lo contrario, un Estado Contratante podría impedir el acceso al arbitraje ante el CIADI mediante la aplicación de sus propias leyes.') (citado en Dolzer & Schreuer, *supra* n. 8, en 9, 282); *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/08/5 ante el CIADI, Decisión sobre medidas provisionales (junio 29, 2009), párrafo 66 ('Por lo tanto, al ratificar el Convenio del CIADI, el Ecuador ha aceptado que un tribunal del CIADI puede ordenar medidas de manera provisional, incluso en una situación que podrían conllevar cierta interferencia con la autoridad soberana y los deberes de aplicación de las leyes.').
37. *Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 9, 283 ('La redacción y elaboración del Convenio del CIADI sugeriría que una decisión respecto de medidas provisionales de conformidad con el Artículo 47 no es vinculante, sino simplemente una recomendación. No obstante, los tribunales han llegado a la conclusión de que las decisiones sobre medidas provisionales son vinculantes para las partes.').

2.2.1 *Un Tribunal está facultado para ordenar medidas provisionales, pero únicamente en situaciones de necesidad y urgencia*

En el caso *Oxy vs. Ecuador*, el tribunal aclaró que 'no ordenará medidas [provisionales] a menos que exista, *prima facie*, una base sobre la cual se podría establecer la jurisdicción del Tribunal.[38] Esa jurisdicción está prevista en el Artículo 47 del Convenio del CIADI y en el Artículo 39 de las Reglas de Arbitraje. No obstante, esas Reglas disponen que un tribunal puede 'recomendar' medidas provisionales. Sobre la base de las reglas, no está, por lo tanto, claro si los tribunales del CIADI pueden en realidad ordenar medidas provisionales.[39] En el caso *Oxy vs. Ecuador*, el tribunal aclaró este punto:

> *El Tribunal desea aclarar, para evitar toda duda, que, si bien el Artículo 47 del Convenio del CIADI utiliza la palabra "recomendar", el Tribunal está, en realidad, facultado para ordenar medidas provisionales. Esto ha sido reconocido por numerosos tribunales internacionales.*[40]

Sin embargo, el tribunal además indicó que 'se deben otorgar medidas provisionales únicamente en situaciones de necesidad y urgencia con el fin de proteger derechos que, en ausencia de tales medidas, podrían perderse definitivamente'.[41] Para que una medida sea necesaria y urgente, las acciones de una de las partes deben ser capaces de 'causar o amenazar con causar un perjuicio irreparable a los derechos invocados'.[42] En otras palabras, un tribunal otorgará medidas provisionales únicamente si existe tanto un derecho que ha de ser preservado –que solamente tiene que ser afirmado como un derecho teóricamente existente[43]– como circunstancias de necesidad y urgencia, para evitar daños irreparables.[44]

38. *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 55.
39. *Véase Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 9, 283.
40. *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 58 (énfasis en el original); *véase también Tokios Tokelés vs. Ukraine*, Caso No. ARB/02/18 ante el CIADI, Orden Procesal No. 1 (julio 1, 2003) párrafo 4 ('Recuérdese que, conforme a un principio sólidamente establecido en la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, las medidas provisionales 'recomendadas' por un tribunal del CIADI son legalmente obligatorias; son, en efecto, 'ordenadas' por el tribunal, y las partes tienen la obligación legal de cumplirlas.').
41. *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 59.
42. *Ibid*. párrafos 59, 64.

2.2.2 *Se puede ordenar a una parte que mantenga el status quo y que se abstenga de hacer cualquier cosa que podría agravar la diferencia, como el inicio de procedimientos para el embargo de activos, pero no el agravamiento monetario*

En el caso *Burlington Resources vs. Ecuador*, Burlington solicitó medidas provisionales para terminar el procedimiento de coactiva del Ecuador que autorizó el embargo por parte del Ecuador de la producción de petróleo en cuestión. Reconociendo que '[l]a existencia del derecho a la preservación del *status quo* y el no agravamiento de la diferencia es un principio sólidamente establecido',[45] el tribunal señaló que '[s]i continuasen los embargos, [sería posible] que el conflicto escale y que haya el riesgo de que la relación entre el inversionista extranjero y el Ecuador llegue a su fin'.[46] En consecuencia, el tribunal ordenó al Ecuador descontinuar el procedimiento de coactiva en contra de Burlington y 'cualquier conducta que pueda llevar al agravamiento de la diferencia hasta el laudo'.[47] También ordenó a Burlington abstenerse de 'cumplir con su amenaza de abandonar el proyecto'.[48]

En el caso *Repsol vs. Ecuador*, de manera similar el tribunal ordenó una medida interina en que prohibía al Ecuador 'llevar a cabo cualquier acción unilateral en contra de los bienes del Actor o con relación a ellos que pueda paralizar o causar perjuicios serios a las actividades del Actor.[49] En cambio, en el caso *Oxy vs.*

43. Pero obsérvese *ibid*. párrafo 89 ('Las medidas provisionales no están concebidas para proteger en contra de cualquier perjuicio potencial o hipotético que pueda derivarse de acciones inciertas. Más bien, están concebidas para proteger a la parte solicitante de un perjuicio inminente.').
44. *Ibid*. párrafo 61.
45. *Burlington*, *supra* n. 36, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 62 (que, además, indica que 'los trabajos preparatorios del Convenio del CIADI se referían a la necesidad de "preservar el *status quo* entre las partes mientras esté pendiente [la] decisión final sobre el fondo de la causa"' y el comentario a la edición de 1968 de las Reglas de Arbitraje del CIADI explicó que el Artículo 47 del Convenio 'se basa en el principio de que, una vez que un desacuerdo es sometido a arbitraje, las partes no deben hacer gestiones que puedan agravar o extender su controversia o perjudicar la ejecución del laudo').
46. *Burlington*, *supra* n. 36, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 65.
47. *Ibid*. Orden, párrafo 8.
48. *Ibid*.

Ecuador, el tribunal denegó la petición de Occidental de medidas provisionales, pero señaló que los tribunales internacionales con frecuencia han otorgado medidas provisionales 'con el fin de evitar que se agrave una diferencia.[50] Sin embargo, recalcó que la acción que es objeto de la demanda debe tornar a la diferencia 'difícil de resolver'[51] *per se* y sostuvo que el agravamiento de los daños monetarios resultantes de la diferencia no constituye agravamiento de la diferencia. Esta es una distinción crítica: el agravamiento financiero no es un factor decisivo. Más bien, los tribunales se concentran en si es probable que la acción objeto de la demanda frustre o perjudique la *relación* entre las partes. Aunque el riesgo de pérdida monetaria puede alterar el status quo, es evidente que no es el único factor pertinente. Los tribunales parecen saber que, a pesar de la diferencia, la necesidad de mantener el status quo es importante no solamente para limitar los daños en la diferencia en cuestión, sino también para incrementar la probabilidad de arreglo entre las partes.

49. *Repsol YPF Ecuador, S.A. vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso No. ARB/01/10 ante el CIADI, Orden Procesal No. 1, párrafo 53. ('Con fundamento en lo expuesto en los párrafos anteriores, el Tribunal de Arbitraje dicta la presente Resolución Procesal: A partir de hoy y hasta el 12 de marzo del 2010, ni la República del Ecuador ni la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ni ninguna otra entidad pública de la República del Ecuador, por sí o por medio de sus funcionarios o empleados, tomará ninguna acción contra o en relación con las Demandantes tendiente a embargar o a ejecutar sus bienes o que pueda tener el efecto de paralizar o perjudicar severamente las actividades de las Demandantes, sin darles aviso escrito de sus intenciones, a las Demandantes y a este Tribunal de Arbitraje, con no menos de seis días hábiles de anticipación.') (traducción del autor).
50. *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 96 (*que cita el caso Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile*, Caso No. ARB/98/2 ante el CIADI, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 67 ('Il s'agit du principe général, fréquemment affirmé dans la jurisprudence internationale, judiciaire ou arbitrale, selon lequel 'toute partie en litige a l'obligation de s'abstenir de tout acte ou omission susceptibles d'aggraver le litige ou de rendre l'exécution de la sentence à intervenir plus difficile') ('It relates to the general principle, frequently affirmed in international case-law, whether judicial or arbitration proceedings are in question, according to which "each party to a case is obliged to abstain from every act or omission likely to aggravate the case or to render the execution of the judgment more difficult"'.)(La traducción aparece en *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 96) ('Se trata del principio general, frecuentemente afirmado en la jurisprudencia internacional, sea judicial o arbitral, según el cual "cada parte de un litigio está obligada a abstenerse de todo acto u omisión que podría agravar el litigio o hacer la ejecución de la sentencia más difícil"').
51. *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafos 98-99.

CORRAL
ROSALES
CARMIGNIANI
PÉREZ

Quito • Guayaquil

Nuestra firma cuenta con un grupo de profesionales altamente capacitados y con amplia experiencia en las más diversas áreas del derecho, capaces de brindar una asesoría integral a nuestros clientes.

ÁREAS DE PRÁCTICA

Aeronáutico
Administrativo
Arbitraje
Bancario y Financiero
Civil
Comercial y Corporativo
Competencia
Contratación Pública, Concesiones y Privatizaciones
Energía, Minería y Petróleo
Fusiones y Adquisiciones
Franquicias y Distribución
Inversión Extranjera
Medio Ambiente
Laboral
Litigios
Mercado de Valores
Migración
Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías
Regulatorio
Telecomunicaciones
Tributario

Robles E4-136 y Av. Amazonas, Edif. Proinco Calisto, piso 12, T: 593 2 2544144, F: 593 2 2503743, Quito - Ecuador

Av. 9 de Octubre 100, Edif. La Previsora, Of: 2202, T: 593 4 2300600 F: 593 4 2321773, Guayaquil - Ecuador

www.crcp.ec

info@crcp.ec

2.2.3 *El derecho al cumplimiento específico es un derecho condicional, pero no está disponible cuando un contrato de concesión para recursos naturales ha sido terminado por un estado soberano*

En el Derecho International de Inversión, el recurso que busca obtener la parte afectada es casi siempre la compensación monetaria. No es frecuente que se ordene el cumplimiento específico,[52] se puede decir que debido a las circunstancias en que surge la mayoría de las controversias.[53] La mecánica de ordenar el cumplimiento específico por parte de un estado es inherentemente compleja y plantea temas más intensos relativos a la soberanía debido a las consecuencias de exigir a un estado soberano que actúe –o que se abstenga de actuar– de cierta manera.[54] No obstante, los tribunales han afirmado su facultad de ordenar el cumplimiento específico en diferencias entre estados e inversionistas,[55] a pesar de la tensión inherente entre la protección del derecho del inversionista extranjero y el derecho del estado receptor a reclamar el control sobre sus recursos naturales.

Dos decisiones del CIADI relativas al Ecuador ayudan a ilustrar las circunstancias en que un tribunal reconocerá y ejercerá esa facultad. En el caso *Burlington vs. Ecuador*, los actores buscaban el cumplimiento específico de los correspondientes contratos de participación. El tribunal señaló que, de conformidad con el derecho internacional, el Artículo 35 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional dispone el 'cumplimiento específico, a menos que sea sustancialmente imposible o totalmente desproporcionado'. El tribunal reconoció que 'el derecho al cumplimiento específico no está disponible bajo el derecho internacional cuando un contrato

52. Christoph Schreuer, *Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, 20 Arbitration International 325 (2004).
53. *Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 9, 294.
54. *Véase, p. ej.*, *Libya American Oil Co. (LIAMCO) vs. Libyan Arab Republic*, 20 I.L.M. 1 (1981), párrafo 63 ('[E]s imposible obligar a un Estado a hacer una restitución, lo que constituiría, de hecho, una interferencia intolerable en la soberanía interna de los Estados.').
55. *Véase, p. ej.*, *Enron vs. Argentina*, *infra* n. 82, en 79 ('Un análisis de los poderes de las cortes y tribunales internacionales para ordenar medidas relativas al cumplimiento o a un mandato y de la amplia práctica disponible a este respecto no deja a este Tribunal duda alguna acerca del hecho de que esos poderes están, de hecho, disponibles.').

de concesión para recursos naturales ha sido *terminado o cancelado* por un Estado soberano'.[56] El tribunal sostuvo que, cuando no ha ocurrido la cancelación o terminación, el derecho al cumplimiento específico está disponible si: (a) la demanda se basa en un contrato entre las partes y no en un tratado; (b) los contratos de concesión están aún siendo ejecutados; y (c) existe legislación del estado receptor que contempla el derecho al cumplimiento específico y el contrato contiene una cláusula de estabilización tributaria.[57]

En el caso *Occidental vs. Ecuador*, los actores buscaban la restitución de sus derechos adquiridos bajo los contratos de participación (CP) y el mandato judicial respecto de la concesión del Ecuador con terceros para el bloque de exploración en cuestión.[58] El tribunal sostuvo que '[e]l cumplimiento específico es, evidentemente, un derecho condicional, puesto que está precisamente condicionado a la posibilidad de cumplimiento y, en consecuencia, se ve impedido por su imposibilidad'.[59] El tribunal luego consideró si el cumplimiento específico en ese caso era posible y proporcionado. Respecto de la imposibilidad, el tribunal señaló que es un principio sólidamente establecido del derecho internacional que 'cuando un Estado, en el ejercicio de su autoridad soberana, ha terminado un contrato o una licencia, o cualquier otro derecho de un inversionista extranjero, el cumplimiento específico debe ser considerado legalmente imposible'.[60] El tribunal señaló, además, que:

> *Imponer a un Estado soberano la restitución de un inversionista extranjero a su concesión, después de la nacionalización o terminación de una licencia o contrato de concesión por parte del Estado, constituiría una reparación desproporcionada a su interferencia con la soberanía del Estado si se la compara con una compensación monetaria.*[61]

56. *Burlington*, *supra* n. 36, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 70 (énfasis añadido por el autor).
57. *Ibid*.
58. *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo. 68.
59. *Ibid*. párrafo 75.
60. *Ibid*. párrafo 79 (*que distingue el caso Texaco Overseas Petroleum Co. y California Asiatic Oil Co. vs. República Árabe Libia,* 17 I.L.M. 1 (1978)).

En esas circunstancias, 'el recurso adecuado' no es el cumplimiento específico sino la 'compensación', puesto que esta última 'logra el balance requerido entre la necesidad de proteger los derechos del inversionista extranjero y el derecho del Estado receptor a reclamar el control de sus recursos naturales'.[62] En consecuencia, el tribunal rechazó el pedido de los actores.

2.3 Jurisdicción

Las decisiones del CIADI relativas al Ecuador han abordado varios temas jurisdiccionales que enriquecen la jurisprudencia del CIADI, incluyendo la importancia del arreglo amistoso, la situación de los accionistas indirectos del inversionista extranjero y la retroactividad de los TBI.

El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI dispone que un tribunal del CIADI tiene jurisdicción sobre cualquier 'diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión' entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante. Además de este requisito, las partes deben consentir a la jurisdicción del tribunal 'por escrito',[63] consentimiento que puede ser otorgado directamente en un acuerdo directo entre las partes, en una disposición de la legislación nacional del estado receptor, o a través de un tratado entre el estado receptor y el estado de nacionalidad del inversionista.[64] En el caso *Duke vs. Ecuador*, el tribunal aclaró que un tribunal del CIADI puede llevar a cabo procedimientos basándose en un fundamento *acumulativo* respecto de la jurisdicción, señalando que '[s]i se puede verificar el consentimiento … nada parece impedir el basarse acumulativamente en los diversos instrumentos para los cuales se exprese el consentimiento'.[65] También es posible hacer valer las bases jurisdiccionales de manera secuencial en diferentes etapas de los procedimientos.[66]

61. *Ibid*. párrafo 84.
62. *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 85.
63. Convenio del CIADI, Art. 25(1).
64. Dolzer & Schreuer, *supra* n. 8, en 9, 254.

Una parte que busca desconocer ese consentimiento y la consecuente jurisdicción del CIADI enfrenta una difícil tarea. De hecho, en el caso *IBM vs. Ecuador*, el actor, la compañía matriz de una subsidiaria ecuatoriana, inició un procedimiento arbitral en contra del Ecuador sobre la base del TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador. El Ecuador impugnó la jurisdicción del tribunal alegando que no existía acuerdo alguno para tratar a las subsidiarias locales como nacionales de estados extranjeros como exige el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. Es importante observar que el contrato entre la subsidiaria y el estado ecuatoriano contenía una cláusula de jurisdicción exclusiva a favor de las cortes ecuatorianas. Sin embargo, en un pasaje que, en retrospectiva, resulta profético, el tribunal del CIADI sostuvo que esa cláusula no operaba para desconocer la jurisdicción del CIADI, que provenía directamente del TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador:[67]

> *Al ratificar tanto el Convenio [del CIADI] en 1986 como el TBI [entre los Estados Unidos y el Ecuador] en 1997, el Ecuador reconoció que ninguno de esos dos instrumentos alteraba su cuerpo de leyes jurídico constitucional. En el momento en que un Estado deposita los documentos de ratificación de convenios internacionales, declara solemnemente que se han cumplido todos los requisitos para su plena vigencia y, por lo tanto, a menos que el tratado sea denunciado, no puede liberarse de las obligaciones derivadas de este. En consecuencia, no es admisible que el Estado ecuatoriano pretenda en este punto, diecisiete años después de depositar el instrumento de ratificación del Convenio y seis años después de hacer lo mismo con el TBI, retirarse de una jurisdicción que el Estado ecuatoriano se comprometió a aceptar, ante la comunidad internacional, precisamente para promover las inversiones en el Ecuador y darles un marco de estabilidad jurídica. Para actuar de esta manera, el Ecuador debería, a través del organismo que maneja sus relaciones internacionales, liberarse del Convenio o del TBI. Mientras esos tratados internacionales se encuentren aún vigentes, el Estado ecuatoriano tiene la obligación internacional de respetarlos, bajo prevención de la responsabilidad internacional que surge de su violación. El hecho de que un Estado no reconozca las normas que ha aceptado voluntariamente en convenios internacionales es una violación del orden jurídico internacional, violación que en el presente caso se evidencia en la afirmación de que el objeto del arbitraje (una violación del TBI) no es susceptible de transacción.*[68]

De manera similar, en el caso *Occidental vs. Ecuador* el tribunal señaló que cualquier exclusión de la jurisdicción del CIADI exige una clara redacción en ese sentido; 'el silencio respecto del asunto no es suficiente'.[69]

2.3.1 Cumplimiento de los requisitos previos para el arbitraje internacional: Negociar primero y dar notificación de la diferencia

La mayoría de los TBI contienen una condición de que las partes deben intentar un arreglo amistoso de la diferencia antes de iniciar un arbitraje internacional.[70] Este procedimiento también

65. *Duke Energy Eletroquil Partners y Electroquil S.A. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/04/19 ante el CIADI, Laudo (agosto 18, 2008), párrafo 156 ('El Tribunal no encuentra nada en el Convenio del CIADI que le impediría llevar a cabo procedimientos basándose en un fundamento acumulativo para la jurisdicción. Lo que importa es el "consentimiento de las partes". El consentimiento de las partes al arbitraje ante el CIADI puede tomar la forma de una cláusula arbitral, o de un ofrecimiento general por parte de un Estado en un TBI, o en su legislación nacional seguido de la aceptación de ese ofrecimiento por parte del inversionista. El único requisito es que ese consentimiento esté expresado por escrito.').
66. *Duke* Award, *supra* n. 65, párrafo 155 ('El Tribunal considera que el hecho de que los Actores no hayan invocado el TBI como fundamento para determinar la jurisdicción hasta su escrito de réplica sobre jurisdicción no debe impedirles basarse en él y concuerda con los Actores que sostener lo contrario sería excesivamente formalista. De hecho, desde entonces los Actores han invocado el TBI como un fundamento alternativo para determinar la jurisdicción en respuesta a las objeciones del Demandado. No se puede considerar que los Actores hayan renunciado a ese fundamento para determinar la jurisdicción por el hecho de no mencionarlo en su Pedido de Arbitraje, puesto que no habría habido base para exponer ese argumento en ese punto.').
67. Es importante señalar que el TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador no contiene una disposición que exija a las partes agotar los recursos locales antes de recurrir a la solución internacional de diferencias.

68. *IBM World Trade Corp. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/02/10 ante el CIADI, Decisión sobre jurisdicción y competencia (diciembre 22, 2003), párrafo 71 (énfasis añadido por el autor).
69. *Occidental Petroleum Corp. y Occidental Exploration & Production Co. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/06/11ante el CIADI, Decisión sobre jurisdicción (septiembre 9, 2008), párrafo 71 ('Sobre la base de principios elementales de interpretación de contratos, cualquier excepción a la disponibilidad de un arbitraje ante el CIADI para la solución de diferencias que surjan bajo el Contrato de Participación, en este caso disputas relacionadas con la caducidad, requiere de una disposición clara en ese sentido.') (que cita el caso *Aguas del Tunari vs. República de Bolivia*, Caso No. ARB/02/3 ante el CIADI, Decisión sobre objeciones del demandado a la jurisdicción (octubre 21, 2005), párrafo 122 ('El Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio respecto de la cuestión no es suficiente.').
70. *Véase, p. ej.*, el TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador, Art. VI.2 ('Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones.').

se conoce como el 'período de enfriamiento'[71] y usualmente consiste en un período de seis meses.[72] Este período empieza a correr una vez que hay evidencia de que existe una reclamación bajo un TBI y que la otra parte tiene conocimiento de esa diferencia.[73] Sin embargo, como señalan Dolzer y Schreuer, '[l]a reacción de los tribunales ante estas disposiciones… no ha sido uniforme'.[74] Las decisiones del CIADI relativas al Ecuador ilustran la importancia de cumplir con los requisitos previos acordados antes de iniciar procedimientos de arbitraje internacional.

En el caso *Murphy vs. Ecuador*, los actores alegaron que una notificación de la diferencia enviada al gobierno ecuatoriano por alguien que no era una parte, era suficiente para informar al Ecuador sobre la diferencia de los actores puesto que esa persona que no era parte fue el operador del consorcio en que los actores tenían participaciones. El tribunal sostuvo que una parte debe intentar por sí misma un arreglo amistoso y que hacerlo a través de un representante no satisfaría el 'requisito obligatorio [de enfriamiento]'.[75] El tribunal señaló que 'es un requisito fundamental que el *Actor* debe cumplir obligatoriamente, antes de presentar un pedido de arbitraje bajo las reglas del CIADI'.[76] El tribunal también rechazó el argumento de los actores de que habría sido fútil el intentar negociaciones con el Ecuador. En consecuencia, el tribunal sostuvo que carecía de competencia para conocer el caso.[77]

71. *Murphy Exploration & Production Co. Int'l vs. República del Ecuador,* Caso No. ARB/08/4 ante el CIADI, Laudo sobre jurisdicción (diciembre 15, 2010), párrafo 97.
72. *Véase, p. ej.*, TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador, Art. VI(3)(a).
73. *Véase Murphy*, *supra* n. 71, Laudo sobre jurisdicción, párrafos 107-108; *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/08/5 ante el CIADI, Decisión sobre jurisdicción (junio 2, 2010), párrafo 335 ('Dicho de otra manera, mientras no se alegue una violación del Tratado, no habrá surgido ninguna diferencia que dé acceso al arbitraje bajo el Artículo VI. Este requisito tiene sentido puesto que da al estado la oportunidad de remediar una posible violación del Tratado y, con ello, de evitar un procedimiento arbitral bajo el TBI, que no sería posible sin el conocimiento de una alegación de violación del Tratado.').
74. *Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 9, 269.
75. *Murphy*, *supra* n. 71, Laudo sobre jurisdicción, párrafo 131.
76. *Ibid*. párrafo 149 (énfasis añadido por el autor); *ibid*. párrafo 151 ('No es un requisito procesal inconsecuente, sino más bien un componente clave del marco legal establecido en el TBI y en muchos otros tratados similares, que tiene como objeto que las partes intenten solucionar amistosamente las diferencias que surjan de la inversión hecha por una persona natural o compañía de la Parte Contratante en el territorio de otro Estado.').
77. *Murphy*, *supra* n. 71, Laudo sobre jurisdicción, párrafo 157.

De manera similar, en el caso *Burlington vs. Ecuador*, el tribunal destacó la importancia de informar *claramente* a la otra parte sobre una diferencia, de modo que se cumpla adecuadamente el requisito del 'período de enfriamiento'. El tribunal sostuvo que carecía de jurisdicción para conocer la demanda del actor bajo un tratado respecto de uno de los bloques de exploración porque el lenguaje utilizado por el abogado del actor en una carta al gobierno ecuatoriano era demasiado diplomático. Si bien la diplomacia podría ser adecuada en el ámbito político internacional, es evidente que las comunicaciones legales, siendo francas, deben afirmar de manera explícita los derechos, obligaciones o reclamos en cuestión. El tribunal reconoció que 'puede ser difícil encontrar un equilibrio adecuado entre ser diplomático y ser asertivo, pero señaló que manifestar un desacuerdo que da indicios de una diferencia es esencial para que se dé inicio al requisito del 'período de enfriamiento'. El tribunal sostuvo que el lenguaje utilizado en otra correspondencia del abogado con el demandado fue suficiente para dar lugar a una 'diferencia', según el significado de este término en el TBI, puesto que incluía palabras como 'insistir' y recalcaba que el Ecuador tiene 'la obligación … de garantizar la seguridad de las operaciones'.[78] No es necesario que una parte envíe una notificación formal, pero es necesario que presente 'algún tipo de evidencia de que se ha alegado una violación al Tratado', que puede ser un acta de una sesión que contenga dicha evidencia o cualquier otro acto cuyo objeto haya sido 'informar al Estado receptor que enfrenta alegaciones de violación al Tratado que podrían eventualmente comprometer la responsabilidad internacional del Estado receptor ante un tribunal internacional'.[79]

Sin embargo, en el caso Occidental vs. Ecuador, el tribunal tomó en consideración el argumento del actor sobre la futilidad y reconoció que 'varios tribunales han confirmado que, cuando las negociaciones están destinadas a resultar fútiles, no es necesario que el período de espera haya transcurrido en su totalidad'.[80] Al aceptar la jurisdicción para conocer el caso, el tribunal

78. *Burlington*, *supra* n. 73, Decisión sobre jurisdicción, párrafos 319-322.
79. *Ibid*. párrafo 338 (que también indica que '[e]n otras palabras, requiere que el inversionista informe al Estado receptor sobre las posibles consecuencias que ocurrirían si fracasa el proceso de negociación.').

no trató de hacer una distinción o explicar su actuación distinta a la de los casos de *Murphy* y *Burlington.* En tal virtud, es difícil reconciliar esas decisiones con el caso Occidental. Aun así, como mínimo, es evidente que si el actor mantiene comunicaciones con el estado receptor, esas comunicaciones deben ser asertivas para que se dé inicio al 'período de enfriamiento' conforme al TBI. Si, no obstante, el actor considera que tales comunicaciones resultarían fútiles, puede proceder con una demanda antes de que expire el período de 'enfriamiento', lo cual, aunque implica cierto riesgo, podría ser necesario a la luz de las circunstancias del proyecto en cuestión.

2.3.2 *Ratione Personae: Un accionista indirecto tiene la condición de inversionista*

Los TBI otorgan protecciones a un 'inversionista' con relación a su 'inversión'. El Convenio del CIADI no define el término 'inversión', a pesar de ser una 'piedra angular de la jurisdicción del CIADI'.[81] Las decisiones del CIADI relativas al Ecuador han interpretado esos términos de manera liberal, favoreciendo una determinación de jurisdicción a pesar de la relación indirecta entre el actor y el inversionista de hecho en el estado receptor.

En el caso *Noble vs. Ecuador*, el tribunal tuvo que considerar si Noble Energy, accionista indirecto de Machala Power (el inversionista afectado), tenía esa condición para los propósitos del TBI. En particular, el tribunal tuvo que decidir si tener derechos de propiedad indirectos sobre el inversionista es suficiente para propósitos jurisdiccionales. Reconociendo que es necesario que exista un 'punto de corte más allá del cual las demandas no serían permisibles',[82] el tribunal adoptó la posición tomada en decisiones previas del CIADI, que establecía que 'un accionista, incluso un

80. *Occidental*, *supra* n. 69, Decisión sobre jurisdicción, párrafo 94, n.10.
81. *Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 498, 248; pero obsérvese que el Art. 25(2)(b) del Convenio del CIADI dispone que una subsidiaria local puede ser considerada como inversionista extranjero debido a que es controlada desde el exterior.
82. *Noble*, *supra* n. 11, Decisión sobre jurisdicción, párrafo 72 (que cita el caso *Enron vs. República Argentina*, Caso No. ARB/01/3 ante el CIADI, Decisión sobre jurisdicción (enero 14, 2004), párrafo 52).

accionista indirecto, puede presentar una demanda bajo un TBI'.[83] Sin embargo, ¿cuán indirecto puede ser un accionista para seguir siendo considerado como inversionista bajo el TBI? Como lo señaló el tribunal, '¿cuántos niveles o compañías puede haber entre los accionistas directos y el inversionista indirecto?'[84] Reconociendo que 'puede haber un punto de corte en algún lugar', el tribunal se rehusó a dar una definición, pero sostuvo que no se había llegado a ese punto de corte con dos niveles societarios intermedios. En consecuencia, Noble Energy tenía la condición requerida para presentar demandas bajo el TBI.[85]

De manera similar, en el caso IBM vs. Ecuador, la compañía matriz estadounidense de una entidad ecuatoriana inició un procedimiento arbitral bajo el TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador. El tribunal tuvo que considerar si IBM había hecho una 'inversión' en el Ecuador a través de su subsidiaria local para los propósitos del TBI. El tribunal concluyó que la diferencia estaba relacionada con una 'inversión' porque: (a) la compañía matriz hizo una inversión directa del 100% del capital de la subsidiaria local; (b) los contratos celebrados por la subsidiaria local constituían una inversión de la compañía matriz, porque pertenecían indirectamente a la compañía matriz; y (c) el derecho a cobrar dineros, capital e intereses es un derecho legal y contractual derivado de los contratos, siendo la compañía matriz el titular indirecto de ese derecho.[86]

83. *Noble*, *supra* n. 11, Decisión sobre jurisdicción, párrafo 74.
84. *Ibid*. párrafo 80.
85. *Véase también Murphy*, *supra* n. 71, Laudo sobre jurisdicción, párrafo 119 ('En algunos casos, los inversionistas extranjeros optan por constituir compañías o sucursales en el país donde invierten (en ocasiones para acatar la legislación del país). En esos casos, se podría discutir si la inversión pertenece a la compañía extranjera o a la compañía constituida en el país donde se hace la inversión. Por lo tanto, para evitar cualquier duda acerca de la intención de proteger esas inversiones, los diferentes TBI establecen que las acciones de las entidades comerciales que pertenecen a compañías extranjeras son consideradas inversiones protegidas por los TBI. Evidentemente, este sistema, que tiene un propósito definido, no puede hacer caso omiso del hecho de que Murphy Ecuador y Murphy International son dos entidades legales independientes. Murphy Ecuador Oil Company Ltd. es una compañía constituida en las Islas Bermudas que estableció una sucursal en el Ecuador y sus acciones pertenecían a otra compañía denominada Canam Offshore Limited, constituida de conformidad con las leyes de las Bahamas y totalmente controlada por Murphy Exploration and Production Company International, constituida de conformidad con las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América. No obstante el hecho de que, para propósitos de las protecciones otorgadas por el TBI, las acciones de Murphy Ecuador se consideran una inversión de Murphy International, existen diferentes compañías constituidas bajo las leyes de diferentes países.').
86. *IBM*, *supra* n. 68, Decisión sobre jurisdicción, párrafo 41.

2.3.3 *Los TBI no operan retroactivamente, pero los Tribunales consideran los eventos previos*

En el derecho internacional, los tratados no se aplican retroactivamente, a menos que el tratado disponga de otra manera o que se demuestre lo contrario.[87] En el caso MCI vs. Ecuador, el tribunal afirmó este principio y señaló lo siguiente:

> *La no retroactividad del TBI excluye su aplicación a diferencias que hayan surgido antes de su entrada en vigencia. Cualquier diferencia que haya surgido antes de esa fecha no podrá ser sometida al sistema de solución de diferencias establecido por el TBI. El silencio en el texto del TBI respecto de su alcance con relación a diferencias previas a su entrada en vigencia no altera los efectos del principio de no retroactividad de los tratados.*[88]

Sin embargo, el tribunal estuvo dispuesto a 'tomar en cuenta eventos previos a la fecha de entrada en vigencia del TBI exclusivamente con el fin de entender y determinar con precisión el alcance y efectos de las violaciones al TBI después de esa fecha'.[89] Por lo tanto, el abogado debe estar preparado para llevar a cabo investigaciones de hechos anteriores a la ratificación del TBI por parte del estado receptor, que pueden proporcionar al tribunal un contexto útil para la toma de decisiones.

2.4 Responsabilidad

En la etapa de fondo, las decisiones del CIADI relativas al Ecuador plantearon varios temas, incluyendo la aplicación del análisis de proporcionalidad en conductas expropiatorias por parte del estado receptor y la medida en que un impuesto puede ser caracterizado como expropiatorio. Dada la complejidad de los

87. *Véase* el Art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; el Art. 13 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional ('Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.').
88. *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. vs. República del Ecuador*, Caso No. ARB/03/6 ante el CIADI, Laudo (julio 31, 2007), párrafo 61.
89. *Ibid*. párrafo 135.

hechos en cada caso, es difícil analizar y condensar los principios generales de esos casos en pocas páginas. En tal virtud, esta sección proporciona una visión general de los principios de derecho más notables desarrollados en esas decisiones. Las decisiones demuestran la facultad de los tribunales de ejercer un gran poder sobre los inversionistas y los estados receptores e ilustran conceptualmente las dificultades que enfrentan los tribunales para equilibrar las expectativas legítimas de los inversionistas con la necesidad del estado receptor de mantener el control sobre el 'espacio de sus políticas'.[90]

2.4.1 *'Principio fundamental de proporcionalidad': Es necesario equilibrar cualquier objetivo administrativo del estado receptor contra los intereses propios del inversionista y contra la verdadera naturaleza y efecto de la conducta que está siendo censurada*

La proporcionalidad es una herramienta decisoria flexible y abierta a interpretación que ayuda a tomar decisiones equilibradas en casos en que se debe considerar el tratamiento justo y equitativo de las inversiones. El caso *Occidental vs. Ecuador* ilustra la utilidad de esta herramienta. En el caso *Occidental vs. Ecuador*, un tribunal dividido del CIADI determinó que el Ecuador había violado el TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador y lo condenó al pago de daños y perjuicios por un monto de USD 1.770 millones, el monto más alto de daños y perjuicios ordenado por un tribunal del CIADI.[91] Los hechos del caso son los siguientes. En 1999, el Ecuador y Occidental celebraron un Contrato de Participación para explorar y explotar hidrocarburos en un bloque en el Ecuador. A finales del año 2000, Occidental procuró explorar formas de financiación de la ampliación de sus operaciones ecuatorianas y reducir su riesgo en el país. Con ese fin, Occidental celebró un

90. *Véase* Jörg Mayer, *Policy Space: What, for What, and Where?* 27(4) Development Policy Review 373–395 (2009).
91. Borzu Sabahi & Kabir Duggal, *Case Comment: Occidental Petroleum v. Ecuador (2012), Observations on Proportionality, Assessment of Damages and Contributory Fault*, Revisión 1–12 (2013) del CIADI; *véase también* Tai-Heng Cheng & Lucas Bento, *ICSID's Largest Award in History: An Overview of Occidental Petroleum Corporation v. the Republic of Ecuador*, Kluwer Arbitration Blog, *disponible en* http://tinyurl.com/cx86xy8.

Acuerdo *Farm-out* con un tercero, Alberta Energy Corporation (AEC), en virtud del cual AEC adquirió una participación económica del 40% en el bloque de exploración a cambio de ciertos aportes de capital. Bajo el Contrato de Participación, una cesión de una 'participación económica' requería de aprobación ministerial. Sin embargo, Occidental no obtuvo esa aprobación. Cuando el gobierno ecuatoriano tuvo conocimiento del Acuerdo *Farm-out* emitió un decreto (el 'Decreto de Caducidad') dando por terminado, con efecto inmediato, su Contrato de Participación con Occidental y embargó todos los bienes de Occidental en su oficina de Quito y los campos petroleros. Posteriormente, Occidental inició un arbitraje.

Si bien el tribunal determinó que el Acuerdo *Farm-out* efectuó una cesión en violación de la ley ecuatoriana, incumpliendo así el Contrato de Participación, el tribunal sostuvo que la terminación del Contrato de Participación fue una respuesta desproporcionada a la cesión por parte de Occidental de derechos bajo el Acuerdo *Farm-out*. Después de revisar el principio de proporcionalidad en diferencias relativas a inversiones internacionales,[92] el tribunal determinó que había varias alternativas en lugar de la terminación del Contrato de Participación y que esta última debía, por lo tanto, haber sido una medida de última instancia. El tribunal también consideró que el Ecuador no sufrió 'ninguna pérdida cuantificable como resultado directo de que AEC haya adquirido una participación económica en el Bloque 15'. En consecuencia, sostuvo que el Decreto de Caducidad fue desproporcionado con relación a su objetivo. En este sentido, el tribunal señaló lo siguiente:

92. *Véase Occidental*, *supra* n. 21, Laudo, párrafo 404 ('Con estos antecedentes, el Tribunal observa que existe un creciente conjunto de normas de arbitraje, particularmente en el contexto de los arbitrajes ante el CIADI, que sostiene que el principio de proporcionalidad es aplicable a violaciones potenciales de obligaciones bajo tratados bilaterales de inversión.'); *véase también MTD Equity SDN.BHD. et al. vs. República de Chile*, Caso No. ARB/01/7 ante el CIADI (mayo 25, 2004); *LG&E Energy Corp. et al. vs. República Argentina*, Caso No. ARB/02/1 ante el CIADI (octubre 3, 2006); *Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB ante el CIADI (AF)/00/2 (mayo 29, 2003); *Azurix Corp. vs. República Argentina*, Caso No. ARB/01/12 ante el CIADI (julio 14, 2006).

> *La prueba, al fin y al cabo, seguirá siendo una prueba de criterio global, que equilibre los intereses del Estado en contra de los de la persona, para evaluar si la sanción específica es una respuesta proporcionada en las circunstancias particulares. En consecuencia, si bien es posible observar muchos casos en que se impone una sanción por violaciones que no han causado un perjuicio directamente, es inmediatamente evidente que esas sanciones tienden a estar en el extremo más bajo de la escala –su objetivo es educar y disuadir tanto al infractor como al público en general–. Pero las sanciones más severas usualmente siguen estando reservadas para casos en que se ha ocasionado un verdadero perjuicio. Y, usualmente, mientras más severo es el perjuicio, más severa es la sanción.*[93]

Con estos antecedentes, el tribunal afirmó que 'el *principio fundamental de proporcionalidad* exige que se debe equilibrar cualquier objetivo administrativo con los intereses propios [del inversionista] y con la verdadera naturaleza y efecto de la conducta que está siendo censurada'.[94] En consecuencia, consideró que el precio pagado por Occidental, es decir, la pérdida total de su inversión valorada en millones de dólares, fue desproporcionado con relación al acto ilícito cometido en contra del gobierno ecuatoriano.[95]

El análisis de la proporcionalidad permitió que el tribunal en el caso Occidental evite un resultado 'excesivamente formalista'[96]. Consciente de la violación de la ley ecuatoriana por parte de *Occidental*, el tribunal, no obstante, recurrió a un principio del derecho que le permitió llegar a una decisión favorable para el inversionista, sin desconocer completamente su propia conducta ilícita, lo cual, como veremos más adelante, limitó en última instancia el monto de daños otorgados al inversionista.

93. *Occidental*, *supra* n. 21, Laudo, párrafo 417 (énfasis añadido por el autor).
94. *Ibid*. párrafo 450 (énfasis añadido por el autor).
95. *Ibid*.
96. *Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB (AF)/00/2 ante el CIADI (mayo 29, 2003), párrafo 149.

2.4.2 *Un impuesto no es expropiatorio si permite al inversionista obtener un rendimiento comercial*

En principio, las normas del derecho internacional permiten a un estado receptor expropiar bienes extranjeros.[97] Sin embargo, todos los acuerdos internacionales sobre inversión extranjera contienen requisitos y consecuencias para la expropiación. Esto no resulta sorprendente puesto que la expropiación 'es la forma más severa de interferencia con la propiedad'.[98] La mayoría de TBI disponen, por lo tanto, que la expropiación está prohibida, a menos que el inversionista reciba una compensación adecuada. Por ejemplo, el Artículo III(1) del TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador dispone lo siguiente:

> *Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.*

En el caso *Burlington vs. Ecuador*, el tribunal debió considerar si el Ecuador había violado la cláusula de expropiación del TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador. En 2006, el Ecuador promulgó la Ley 42 que incrementó progresivamente la participación del gobierno ecuatoriano en los campos petroleros del 20% al 50%, y la incrementó aún más, al 99%, en 2007, con la imposición efectiva de un impuesto a los ingresos extraordinarios para los inversionistas extranjeros. Burlington, inversionista minoritario en un consorcio para exploración petrolera, cumplió con el impuesto por algún tiempo, pero eventualmente incumplió sus pagos, alegando que el Ecuador debía haber absorbido el impuesto en virtud de una cláusula de estabilización tributaria contenida en los Contratos de Participación. Esto llevó al Ecuador a iniciar procedimientos de coactiva en contra de Burlington para tomar el control físico de los campos petroleros. Posteriormente, Burlington inició un arbitraje internacional en contra del Ecuador,

97. *Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 9, 98.
98. *Ibid*.

alegando que el impuesto efectivamente expropiaba su inversión en el país. El Ecuador reconvino que la suspensión de operaciones por parte de Burlington dañaba el medio ambiente y la infraestructura de los bloques de exploración.

El tribunal recalcó que, si bien 'la imposición de tributos es una prerrogativa esencial de la soberanía del Estado',[99] 'hay, sin embargo, límites al poder del Estado de imponer tributos'.[100] Un impuesto es considerado expropiatorio si es discriminatorio y confiscatorio. Para determinar si un impuesto es confiscatorio, los tribunales deben analizar el 'efecto' del impuesto y si el estado receptor tenía la intención de privar al inversionista de su inversión.[101]

Aunque el tribunal determinó que la apropiación física de los campos petroleros por parte del Ecuador constituía una expropiación de la inversión de Burlington, sostuvo que la promulgación de la Ley 42, que efectivamente aplicó un impuesto del 99% a las ganancias de Burlington, no privó sustancialmente a Burlington de su inversión y, en tal virtud, no era expropiatorio.[102] Resulta significativa la siguiente observación del tribunal:

> *Aunque la Ley 42 que fijó el 99% disminuyó considerablemente las ganancias de Burlington, las afirmaciones de Burlington de que su inversión dejó de tener valor y pasó a ser inviable no han sido probadas. Más bien, las pruebas demuestran que, no obstante la promulgación de la Ley 42 que fijó el 99%, la inversión mantuvo su capacidad de generar un rendimiento comercial.*[103]

No se debe confundir el rendimiento comercial con las simples ganancias.[104] Es decir, 'se debe demostrar que se ha extin-

99. *Burlington*, *supra* n. 6, Decisión sobre responsabilidad, párrafo 391.
100. *Ibid*. párrafo 392.
101. *Ibid*. párrafo 401(que señala que 'una determinación de que una medida adoptada por un Estado está diseñada para privar al inversionista de sus bienes o hacer que los abandone ... o venda a un precio desventajoso tendería a respaldar una determinación de que ha ocurrido una expropiación.') (citas y comillas internas omitidas).
102. *Ibid*. párrafo 456.
103. *Ibid*. párrafo 456 (énfasis añadido por el autor).

guido virtualmente la capacidad continua de la inversión de generar un rendimiento'.[105] Aplicando estos principios, el tribunal determinó que el impuesto creado por la Ley 42, como impuesto a los ingresos extraordinarios,[106] no afectó la inversión de Burlington en su totalidad, sino solamente una porción de sus ganancias. El tribunal sostuvo que el impuesto no era discriminatorio y no era confiscatorio y, en tal virtud, no era expropiatorio.

En cambio, el tribunal en el caso Occidental vs. Ecuador señaló, obiter, que la Ley 42 no era un impuesto.[107] El tribunal planteó la hipótesis de que, 'aun si la Ley 42 fuese un impuesto', esta 'crearía una barrera jurisdiccional para la demanda del Actor con relación a la Ley 42 bajo el [TBI]'[108] en razón de que dicho tratado excluye del TBI 'cuestiones tributarias' en varias circunstancias.[109] Aunque los tribunales en los casos Burlington y Occidental caracterizaron a la Ley 42 de maneras diferentes, la prueba de Burlington ilustra el intento del tribunal de manejar las necesidades del estado receptor de obtener rentas y el objetivo del inversionista de obtener beneficios de su inversión. Parece, por lo tanto, que el equilibrio está en los detalles.

104. *Ibid*. párrafo 399 (que señala que '[a]unque las pérdidas en un año podrían indicar que la inversión se ha tornado inviable y no volverá a ser rentable, esto no es necesariamente cierto y para determinar que ha existido expropiación sería necesario evaluar las perspectivas futuras de obtener un rendimiento comercial. Se debe demostrar que se ha extinguido virtualmente la capacidad continua de la inversión de generar un rendimiento.').
105. *Ibid*. párrafo 399.
106. *Ibid*. párrafo 404 (que señala que 'es, por lo tanto, improbable que un impuesto a los ingresos extraordinarios dé como resultado la expropiación de una inversión.').
107. *Occidental*, *supra* n. 21, Laudo, párrafo 495 ('El Tribunal también concuerda con el Demandado en que la Ley 42 no es un impuesto.'). El tribunal en el caso *Occidental* caracterizó a la Ley 42 como 'una decisión unilateral del Congreso ecuatoriano de asignar al Estado ecuatoriano un porcentaje definido de las rentas obtenidas por las compañías contratistas, como OEPC, que mantienen contratos de participación'. *Ibid*. párrafo 510.
108. *Ibid*. párrafo 498.
109. *Véase* TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador, Art. X: '1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte. 2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a *cuestiones tributarias* solamente con respecto a: (a) la expropiación, de conformidad con el Artículo III; (b) las transferencias, de conformidad con el Artículo IV; o (c) la observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso (a) o (b) del Artículo VI(1), en la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable'. (énfasis añadido por el autor).

2.5 Recursos

Una determinación de responsabilidad no garantiza un recurso. De hecho, los recursos otorgados dependen de los hechos de cada caso. En este sentido, las decisiones del CIADI relativas al Ecuador han afirmado y aclarado cuándo pueden estar disponibles ciertos recursos.

2.5.1 El pago de intereses compuestos no se otorgará cuando lo prohíban las leyes locales, y una compensación íntegra se otorgará solamente si hay un vínculo causal suficiente entre la violación del TBI y la pérdida sufrida por los actores

Las consecuencias de la violación de una obligación internacional deben ser determinadas recurriendo al derecho internacional. En el derecho internacional está firmemente establecido que la principal consecuencia de cometer un acto ilícito es la obligación de esa parte de reparar el daño causado por ese acto.[110] Sin embargo, como señaló el tribunal en el caso *Duke vs. Ecuador*, 'la controversia continúa respecto de la norma y la medida de compensación aplicables, así como del método apropiado para calcular dicha compensación'.[111] En el caso *Duke*, el tribunal señaló que el Ecuador no había cumplido con el mecanismo de pago previsto en los acuerdos entre las partes y que debía a uno de los actores intereses por mora. También determinó que dichas violaciones dieron como resultado la violación de la cláusula de protección general y del principio de trato justo y equitativo.[112] La adjudicación de intereses compuestos, señaló el tribunal, 'no es un principio del derecho internacional'.[113] Es importante señalar que el interés compuesto ha sido aceptado en 'la mayoría de decisiones recientes',[114] por lo que el caso *Duke* resulta un caso atípico en este contexto.

110. *Véase Duke*, *supra* n. 65, Laudo, párrafo 467; Malcom N. Shaw, *International Law* 778 (Cambridge University Press 2008) ('Una violación de una obligación internacional da lugar a que se exija una reparación.').
111. *Duke*, *supra* n. 65, Laudo, párrafo 467.
112. *Véase* TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador, Art. VIII.
113. *Duke*, *supra* n. 65, Laudo, párrafo 473.

Para determinar la norma y medida de compensación aplicables, el tribunal se basó en el principio sentado por el caso relativo a la *fábrica en Chorzów* (Alemania vs. Polonia),[115] que establece que cualquier laudo debería, 'tanto como sea posible, borrar las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si el hecho no hubiese tenido lugar'.[116] El tribunal señaló que el principio de compensación 'íntegra' ha sido codificado en el Artículo 31 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional ('Artículos de la CDI') y, en consecuencia, aplicó esta disposición 'por analogía al arbitraje entre inversionista y estado'.[117] Sin embargo, el tribunal también recalcó que 'se otorgará una indemnización solamente si hay suficiente vínculo causal entre la violación del TBI y la pérdida sufrida por los Actores'.[118] Aunque la relación de causalidad no es un concepto extraño para las mentes entrenadas en temas jurídicos, también puede operar como herramienta para dar al tribunal un cierto margen en el manejo de la tensión entre los intereses del estado receptor y los del inversionista.

2.5.2 *'Los actores deben pagar un precio'*[119]*: La indemnización por daños y perjuicios de una parte puede ser reducida en términos de su negligencia contribuyente, que debe haber sido sustancial y significativa*

En el caso *Occidental vs. Ecuador*, el tribunal determinó que Occidental Petroleum violó la ley ecuatoriana cuando cedió a un tercero algunos de sus derechos bajo un contrato de participación con el gobierno ecuatoriano. El Ecuador sostuvo que esta conclusión debería inducir al tribunal a reducir el monto que Occidental recupere en razón de la conducta temeraria de Occidental que

114. *Dolzer & Schreuer*, *supra* n. 8, en 9, 298 (que también señala que '[l]a práctica de los tribunales muestra una tendencia hacia el interés compuesto, es decir que los intereses son capitalizados en ciertos intervalos y luego generan, a su vez, intereses.').
115. 1928, PCIJ, Serie A No. 17.
116. *Ibid*. en 47.
117. *Duke*, *supra* n. 65, Laudo, párrafo 468.
118. *Ibid*.
119. Occidental, supra n. 21, Laudo, párrafo 680.

violó las leyes del Ecuador y que … provocó la decisión [del Ecuador] [de terminar] el Contrato de Participación [lo que dio como resultado] las pérdidas que [Occidental] alegó haber sufrido'.[120]

El tribunal comenzó su análisis señalando el Artículo 39 de los Artículos de la CDI que establece que '[p]ara determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de la persona o entidad en relación con la cual se exige la reparación'. Luego, el tribunal consideró si Burlington, al violar las leyes ecuatorianas, incurrió en negligencia contribuyente. El tribunal señaló lo siguiente:

> *[N]o es cualquier contribución de la parte agraviada al daño que ha sufrido lo que da lugar a una determinación de negligencia contribuyente. La contribución debe ser sustancial y significativa. En este sentido, el tribunal tiene un amplio margen de discrecionalidad al imputar la culpa.*[121]

Es importante anotar que el tribunal sostuvo que '[u]na sentencia condenatoria al pago de daños y perjuicios puede ser reducida si la parte actora también cometió una falta que contribuyó al perjuicio que sufrió y por la cual el juzgador de los hechos, en *ejercicio de su discrecionalidad*, considera que la parte actora debe asumir alguna responsabilidad'.[122]

Los CP entre Occidental y el gobierno ecuatoriano contenían disposiciones que permitían al Ecuador declarar la caducidad de los CP si Occidental no obtenía una autorización ministerial previa para transferir derechos bajo los CP a un tercero. Puesto que Occidental no solicitó ni obtuvo la autorización requerida cuando transfirió el 40% de su participación a AEC, el tribunal determinó que había actuado de manera negligente y cometido un acto ilícito y, en consecuencia, redujo la indemnización por daños y perjuicios de Occidental en un 40%. El tribunal también destacó 'el

120. *Ibid*. párrafo 659.
121. *Ibid*. párrafo 670 (énfasis añadido por el autor).
122. *Ibid*. párrafo 678 (énfasis añadido por el autor).

derecho soberano' de un estado receptor 'de examinar y aprobar [a ese tercero] como cesionario de aquellos derechos'.[123] Como sucede con el análisis de causalidad y de proporcionalidad, la discrecionalidad del tribunal para determinar una negligencia contribuyente le permite equilibrar los intereses de las partes.

Anulación

El Artículo 52 del Convenio del CIADI establece la norma de revisión para la anulación de laudos. El apartado (1) del Artículo 52 dispone que:

> *(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:*
> *(a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;*
> *(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;*
> *(c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;*
> *(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento; o*
> *(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.*[124]

En 2012, ocho solicitudes de anulación fueron presentadas por partes de arbitrajes ante el CIADI. De las ocho solicitudes, cinco fueron presentadas por estados que eran parte en las diferencias, y tres fueron presentadas por inversionistas.[125] En el caso Repsol vs. Ecuador, el Ecuador solicitó la anulación del laudo, pero el Comité ad hoc rechazó la solicitud del Ecuador y confirmó el laudo por el monto de USD 13,6 millones. La decisión es significativa porque destaca el umbral significativamente alto que es necesario para anular laudos del CIADI, lo que generó opiniones diversas en el ámbito del derecho internacional de inversión.[126]

123. *Ibid*. párrafo 679.
124. Convenio del CIADI, Art. 52(1).
125. Informe Anual del CIADI, 30.

2.6.1 'Manifiesto' significa 'obvio por sí mismo'.

En el caso *Repsol vs. Ecuador*,[127] Petroecuador solicitó la anulación del laudo del tribunal, alegando que el tribunal se extralimitó manifiesta e ilegítimamente en sus facultades. Petroecuador planteó, *inter alia*, tres argumentos principales. Primero, sostuvo que el tribunal carecía de jurisdicción para conocer y resolver la diferencia porque, de conformidad con la legislación interna, esta ya había sido resuelta por una entidad administrativa local cuya decisión habría constituido cosa juzgada a nivel administrativo.[128] Segundo, argumentó que la obligación de pago pendiente surgió de un Contrato de Prestación de Servicios, no de Contratos de Participación.[129] Tercero, argumentó que Repsol no tenía autoridad para iniciar un juicio puesto que, en su calidad de miembro del consorcio de compañías petroleras, no obtuvo autorización previa del comité de operación del consorcio.[130]

Como una cuestión preliminar, el comité de anulación comenzó observando que 'si el uso excesivo por parte de un tribunal arbitral de sus facultades ha de constituirse en justificación válida para la anulación de un laudo de conformidad con el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, este debe ser "*manifiesto*"'.[131] En vista de que el Convenio del CIADI no define ni explica el significado de 'manifiesto', el comité afirmó que 'la extralimitación en las facultades propias es 'manifiesta' cuando resulta 'obvia por sí misma' a partir de una simple lectura del laudo, es decir, incluso antes de un examen detallado de su con-

126. *Véase* T. Cheng & L. Bento, *Practical Measures to Control Annulments in Investor-State Arbitration*, New York Law Journal, noviembre 26, 2012. *Véase también* procedimiento de anulación pendiente en el caso *Occidental vs. Ecuador*, Decisión sobre suspensión de la ejecución del laudo (septiembre 30, 2013) (que suspende el proceso de ejecución en contra del Ecuador mientras esté pendiente un procedimiento de anulación).
127. *Repsol YPF Ecuador, S.A. vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso No. ARB/01/10 ante el CIADI, Decisión sobre solicitud de anulación (enero 4, 2007).
128. *Ibid*. párrafo 2 (i).
129. *Ibid*. párrafo 2(ii).
130. *Ibid*. párrafo 2 (iii); Petroecuador también añadió las siguientes razones para respaldar su solicitud de anulación: (i) que no podía pagar una suma que no había sido parte del juicio; y (ii) que las leyes ecuatorianas obligan a las instituciones estatales a agotar todos los recursos legales permisibles para evitar que cualquier decisión 'se vuelva ejecutable y ejecutada'. *Ibid*. párrafo 5.
131. *Ibid*. párrafo 36.

tenido'.[132] El comité citó al Profesor SCHREUER para respaldar esta interpretación. Como señala el Profesor SCHREUER:

> *La palabra no se refiere a la gravedad de la extralimitación ni a la naturaleza fundamental de la norma que ha sido violada, sino más bien al proceso cognitivo que la hace evidente. Una extralimitación de facultades es manifiesta si se la puede discernir con poco esfuerzo y sin hacer un análisis más profundo.*[133]

El comité de anulación concluyó que '[u]na primera lectura' del fallo arbitral es 'clara, convincente, bien razonada y libre de contradicciones' y toma en cuenta las normas ecuatorianas aplicables.[134] En tal virtud, el comité determinó que el tribunal no se había extralimitado manifiestamente en sus facultades. Además, el comité también observó la nacionalidad ecuatoriana de los árbitros como otro indicio de que el tribunal actuó *intra vires*.[135] Esto subraya la importancia de seleccionar a los árbitros cuidadosamente durante la constitución del tribunal, puesto que esto puede afectar no solamente el fondo de la diferencia, sino también si el laudo admite un procedimiento de anulación.

2.6.2 Los errores cometidos en la aplicación de una ley no constituyen causales para la anulación de un laudo

Aunque se lo enunció *obiter dicta*, el comité de anulación también observó que '[i]ncluso asumiendo que el Tribunal hubiese aplicado erróneamente las leyes ecuatorianas, se debe recordar que, en el sistema de anulación del CIADI, los errores cometidos en la aplicación de una ley, a diferencia de la violación de dicha ley (o de normas legales acordadas por las partes), no constituyen, de conformidad con el Artículo 42 del Convenio, causales para la anulación de un laudo'.[136] Citando varias decisiones del CIADI, el comité aclaró que una solicitud de anulación 'no debe ser con-

132. *Ibid*.
133. *Ibid*. (quoting SCHREUER, *supra* n. 52, at 35, 933.)
134. *Ibid*. para. 37.
135. *Ibid*.
136. *Ibid*. para. 38.

fundida con una apelación, que no está disponible de conformidad con el Artículo 53 del Convenio'.[137] El Artículo 53 del Convenio dispone que '[e]l laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio', sellando así el principio de finalidad en el arbitraje entre inversionistas y estados, así como el alto umbral para las anulaciones.

3. CONCLUSIÓN

Este artículo ha buscado servir como un análisis 'post-mortem' del período en que el Ecuador fue parte en arbitrajes ante el CIADI. Estas decisiones, sumadas a la salida del sistema por parte del Ecuador, nos dejan tres grandes lecciones acerca del CIADI en general.

Primero, las decisiones ilustran la lucha de los tribunales para manejar la tensión entre los intereses del inversionista y los del estado. Por ejemplo, en su decisión sobre medidas provisionales, el tribunal en el caso *Occidental vs. Ecuador* señaló la tensión 'entre la necesidad de proteger los derechos del inversionista extranjero y el derecho del Estado receptor a reclamar el control de sus recursos naturales'.[138] Es improbable que los instrumentos que rigen actualmente, tales como los TBI de primera generación, en su forma actual, ayuden a los tribunales a manejar esa tensión, cuyo alivio puede, por lo tanto, llegar a manera de nuevos tratados que busquen equilibrar de mejor manera los intereses de los inversionistas y de los estados y de las posteriores interpretaciones de esos tratados en arbitrajes.

En segundo lugar, y a pesar de algunas diferencias irreconciliables entre los laudos, es posible identificar una praxis compartida en la jurisprudencia del CIADI. El Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI constituyen el pilar común de

137. *Ibid*.
138. *Occidental*, *supra* n. 33, Decisión sobre medidas provisionales, párrafo 85.

esta cultura común. Pero la substancia de la formación de jurisprudencia se deriva de la cultura, experiencia, práctica y ética legales. En este sentido, la jurisprudencia del CIADI, a pesar de las inherentes incoherencias, adopta una práctica del derecho que es ampliamente coherente y armoniosa. Es esta práctica común del arbitraje lo que genera principios de derecho que podrían, o no, convertirse en un cuerpo legal más coherente. Por ejemplo, los tribunales del CIADI se basan, como una cuestión de rutina, en los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados. A pesar de algunas afirmaciones en contrario, también se remiten rutinariamente a decisiones previas como una forma de precedente de hecho. Con este fin, el autor ha abogado en otras instancias por la adopción de sinopsis arbitrales en las decisiones del CIADI que contribuyan a lograr una mayor armonía en el derecho.[139] Sin embargo, hay más por hacer si esta institución ha de lograr una mayor presencia en un mundo que demanda cada vez más certeza, previsibilidad y coherencia, así como costos más bajos y procedimientos más rápidos.

Finalmente, las decisiones del CIADI relativas al Ecuador captan la esencia de la primera fase de desarrollo del derecho internacional de inversión, caracterizada por desequilibrios institucionales, problemas de legitimidad, el papel de la volatilidad política y una naciente profesión que busca la armonía en un complejo microcosmos de reglas y procedimientos. Insatisfechos con el impacto económico y político de los instrumentos internacionales que, se podría afirmar, han sido redactados para una era diferente, los estados en desarrollo son cada vez más asertivos en el ámbito internacional. Por ejemplo, el Ecuador ha propuesto la creación de una institución regional para el arbitraje de diferencias relativas a inversiones como una alternativa para remplazar al CIADI.[140] Sudáfrica ha decidido terminar algunos de sus TBI

139. *Véase* Lucas Bento, *The Case for Synopses in Arbitral Awards*, Kluwer Arbitration Blog, noviembre 21, 2013, *disponible en* http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/11/21/the-case-for-synopses-in-arbitral-awards/.

140. Silvia Karina Fiezzoni, *supra* n. 3, en 140. ('En junio de 2009, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, Fander Falconí, propuso formalmente que la UNASUR creara un centro de arbitraje como una alternativa para remplazar al CIADI.')

existentes. China ha utilizado su peso económico como palanca en negociaciones para formular TBI más favorables a sus intereses.

Desde los picos nevados de los Andes ecuatorianos, hasta la meseta sudafricana y las tierras altas de China, soplan fuertes vientos de cambio a través de las grietas del mundo de la inversión internacional. La salida del Ecuador podría marcar no solamente el final de una era, sino, lo que es tal vez más importante, el inicio de una nueva. Si los principios de derecho establecidos en las decisiones del CIADI relativas al Ecuador resistirán es algo que dependerá en última instancia de la dirección en que sople el viento.

Quevedo & Ponce
Estudio Jurídico
ECUADOR

Fundado en 1940

www.quevedo-ponce.com

Quito, Guayaquil, Cuenca, Manta

Miravalle (Cumbayá), Ibarra

Oficina Principal
Av. 12 de Octubre N26-97 y Lincoln
Edificio Torre 1492, Piso 16
Teléfonos: (593-2) 2986 570
(593-2) 2986 575
Fax: (593-2) 2986 580

Arbitraje de inversión en Colombia

Eduardo Zuleta

Sumario

1. Introducción. **2.** Una distinción fundamental: el arbitraje internacional de inversión y el arbitraje comercial internacional. **2.1** La manifestación del consentimiento para acudir a arbitraje. **2.1.1** Acuerdo directo entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista. **2.1.2** Oferta de arbitraje formulada en la legislación nacional. **2.1.3** Tratados internacionales. **2.2** Las partes en el proceso. **2.2.1** Inversionista Extranjero. **2.2.2** El Estado. **2.3** Objeto de la controversia. **2.4** Derecho aplicable. **2.5** El procedimiento arbitral. **3.** El arbitraje de inversión y la Ley 1563 de 2012. **4.** Conclusión.

1. Introducción

Colombia tiene actualmente una política de Estado a favor de la promoción de la inversión extranjera directa; así lo ha dado a entender el propio Presidente de la República quien, por sólo mencionar un ejemplo, afirmó el pasado 25 de mayo de 2012 que "Colombia está abierta a la inversión […] Colombia es un país muy atractivo y eso significa que el dinero que aquí invierte se traduce en empleo en Colombia, en crecimiento económico, y eso es lo que queremos promover"[1]. La política del gobierno actual sigue en esta materia la línea de administraciones anteriores, que también se preocuparon por atraer inversionistas extranjeros al país.

1. Presidencia de la República de Colombia - Sistema Informativo del Gobierno, Nota de prensa, 25 de mayo de 2012. Disponible en Web. http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Mayo/Paginas/20120525_02.aspx (Consulta: 15 de septiembre de 2012).

Entre los resultados normativos de esa política se destaca el Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, que contiene el régimen general de inversión de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior[2].En el ámbito internacional, en los últimos años, el Estado colombiano ha celebrado múltiples tratados bilaterales de inversión (en adelante TBI) y en capítulos de inversión de tratados de libre comercio (en adelante TLC), que usualmente otorgan a los inversionistas por ellos protegidos ciertas garantías bajo el derecho internacional, tales como el derecho a recibir un trato no menos favorable que el otorgado a inversionistas nacionales (trato nacional) o provenientes de terceros países (trato nación más favorecida), a recibir un trato justo y equitativo, y a ser indemnizados en caso de expropiación, entre otros.

Además de estas disposiciones sustantivas, los instrumentos en mención suelen prever la posibilidad de resolver mediante arbitraje internacional las controversias surgidas entre inversionistas extranjeros protegidos y el Estado receptor de la inversión.

Ahora bien, ¿qué tienen que ver estos arbitrajes, llamados "de inversión", con la Ley 1563 de 2012? La respuesta a este interrogante no resulta obvia. Más aún, muy seguramente algunos lectores encontrarán extraño hallar un capítulo sobre arbitraje de inversión en un comentario al nuevo estatuto arbitral colombiano, ya que, por una parte, la Ley no trata expresamente la materia y, por otra, el arbitraje de inversión suele estar previsto como mecanismo de resolución de disputas en los TBI y en TLC.

Para entender por qué la Ley 1563 de 2012 puede ser aplicable a ciertos arbitrajes de inversión, es necesario establecer la diferencia conceptual entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión (II), para analizar el campo de aplicación de la sección de arbitraje internacional de la Ley 1563 de 2012 (III).

2. Véase: Decreto 2080 del 18 de octubre del 2000.

1.1 Una distinción fundamental: el arbitraje internacional de inversión y el arbitraje comercial internacional

El arbitraje internacional es un género que comprende especies que no siempre resultan fáciles de distinguir. Dos de ellas, que corresponden al objeto de estudio del presente trabajo, son el arbitraje de inversión y el arbitraje comercial internacional. Uno y otros son arbitrajes internacionales, pero son especies diferentes. La distinción entre ambos tipos de arbitraje puede trazarse a partir de cinco criterios fundamentales, a saber: la manifestación del consentimiento para acudir a arbitraje (2.1); las partes en el proceso (2.2); el objeto de la controversia (2.3); el derecho aplicable (2.4); y el procedimiento arbitral (2.5).

1.2 La manifestación del consentimiento para acudir a arbitraje

Tanto el arbitraje comercial internacional como el arbitraje de inversión encuentran su fundamento en el consentimiento manifestado por las partes para acudir a arbitraje[3]. La presente sección se concentrará en la formación del acuerdo de arbitraje en tratándose de arbitrajes de inversión. La manifestación del consentimiento para acudir a arbitraje de inversión se puede materializar a través de distintos medios, siendo los principales: un acuerdo directo entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista (2.1.1), una oferta de arbitraje formulada en la legislación nacional (2.1.2) o un tratado internacional (2.1.3)[4].

3. Véase: Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 238.
4. Véase: Paulsson, Jan. "Arbitration without Privity", en *ICSID Review*, No. 10, 1999, pp. 232-234; Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, pp. 193-224.

1.2.1 *Acuerdo directo entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista*

Al igual que en el arbitraje comercial internacional, en el arbitraje de inversión el consentimiento de las partes para acudir a arbitraje se puede encontrar en una cláusula compromisoria o en un compromiso. En efecto, en los denominados acuerdos o contratos de inversión, celebrados entre el Estado receptor de la inversión y un inversionista extranjero, las partes pueden incluir una estipulación contractual por la cual someten a arbitraje las diferencias que en relación con la inversión pudieren suscitarse entre ellas en el futuro. De igual manera, el acuerdo directo para llevar a arbitraje una controversia de inversión podría tomar la forma de un compromiso, celebrado después del surgimiento de la controversia[5]. En cualquier caso, en la práctica, los acuerdos directos de arbitraje de inversión suelen tomar la forma de una cláusula compromisoria inserta en un contrato de inversión[6]. Sobre esta forma de manifestar el consentimiento es preciso hacer tres observaciones.

Primero, se debe resaltar que el acuerdo directo de inversión no necesariamente tiene que estar plasmado en un único instrumento. Piénsese, por ejemplo, en una oferta de inversión de un

5. Véase: Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 239.
6. Para algunos ejemplos de arbitrajes en que la jurisdicción del tribunal estaba fundada en un pacto arbitral inserto en un contrato de inversión, véase: *Adriano Gardella c. Ivory Coast*, Laudo, Caso CIADI No. ARB 74/1, 29 de agosto de 1977; *Kaiser Bauxite c. Jamaica*, Decisión de jurisdicción y competencia, Caso CIADI No. ARB/74/3, 5 de julio de 1975; *AGIP S.p.A. c. República Popular del Congo*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/77/1, 30 de noviembre de 1979; *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/77/2, 8 de julio de 1980; *Amco Asia Corp. c. Indonesia*, Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/81/1, 25 de septiembre de 1983; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et. al. c. Camerún & Société Camerounaise des Engrais*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/81/2, 21 de octubre de 1983; *Société Oues Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/82/1, 25 de febrero de 1988; *Liberian East Timber Corp. c. Liberia*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/83/2, 31 de marzo de 1986; *Atlantic Triton Company Ltd. c. Guinea*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/84/1, 21 de abril de 1986; *Vaccum Salt Products Ltd. c. Ghana*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/92/1, 16 de febrero de 1994; *Mobil Oil Corp. et. al. c. Nueva Zelanda*, Caso CIADI No. ARB/87/2, caso presentado el 15 de abril de 1987; *Holiday Inns S.A. et. ál. c. Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/72/1, caso presentado el 13 de enero de 1972. Sobre este último caso, véase: Lalive, Pierre, "The First 'World Bank' Arbitration", en *British Year Book of International Law*, No. 51, 1980, pp. 123-162. Los casos listados fueron tomados de: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Dispute Settlement, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.3 Consent to Arbitration, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, p. 7.

inversionista extranjero que es aceptada por la autoridad competente en el Estado receptor de la inversión, como ocurrió en el caso en Amco c. Indonesia[7]. Asimismo, un acuerdo directo para arbitrar diferencias de inversión podría formarse si las partes hacen referencia a otro instrumento que contenga una disposición relativa a arbitraje de inversión[8].

Segundo, la redacción de un pacto arbitral nunca es tarea fácil. Tratándose de pactos para arbitraje de inversión, habría una dificultad adicional, consistente en establecer cuándo es posible celebrar tal acuerdo. En efecto, la mera calificación que las partes en un contrato comercial hagan de un arbitraje como "de inversión" no lo torna tal ni les permite a los contratantes señalar que el procedimiento se regirá por un reglamento diseñado exclusivamente para ese tipo de arbitrajes. Cuando sea posible pactar arbitraje de inversión, sería recomendable utilizar como guía las cláusulas modelo preparadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI)[9].

Tercero, es esencial que en cualquier tipo de acuerdo directo, el alcance del consentimiento y la delimitación de las disputas que las partes someten a arbitraje queden debidamente definidos. En la práctica, las operaciones de inversión extranjera pueden involucrar complejas estructuras que con frecuencia se materializan a través de varios contratos. Para citar un ejemplo, si sólo alguno o algunos de dichos contratos contienen acuerdos de arbitraje, podrían surgir dudas respecto del alcance del consentimiento y la posibilidad de llevar a arbitraje una disputa relacionada con la operación de inversión en su totalidad[10].

7. Véase: *Amco Asia Corp. c. Indonesia*, Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/81/1, 25 de septiembre de 1983.
8. Véase: *CSOB c. Slovakia*, Decisión de Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/97/4, 24 de mayo de 1999.
9. Véase: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *ICSID Model Clauses: Doc. ICSID/5/Rev*, 2 de febrero de 1993, en *ICSID Review*, No. 8.1, 1993, pp. 134-151.
10. Al respecto, véase: *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. Perú*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/03/28, 18 de agosto de 2008; *CSOB c. Slovakia*, Decisión de Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/97/4, 24 de mayo de 1999; Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 239-240.

1.2.2 *Oferta de arbitraje formulada en la legislación nacional*

Los Estados receptores de inversión pueden efectuar ofertas de arbitraje de inversión a inversionistas extranjeros mediante su legislación nacional. Evidentemente, no cualquier referencia a arbitraje de inversión en leyes nacionales constituye una manifestación del consentimiento del Estado para arbitrar. Se debe estudiar cada caso en concreto para determinar si en efecto se está ante una oferta de arbitraje.

La oferta de arbitraje para los inversionistas extranjeros puede ser unívoca. Un ejemplo de este tipo de oferta se encuentra en el artículo 8(2) de la Ley 7764 de 1993 de Albania, bajo la cual: el inversionista extranjero puede someter la disputa, y la República de Albania consiente a ello, al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones[11]. La Ley citada sirvió de fundamento para que un tribunal CIADI se declarara competente para conocer del caso Tradex Hellas c. Albania[12]. También podría haber una oferta menos explícita, que aún así constituya una manifestación del consentimiento del Estado. Un ejemplo ilustrativo se encuentra en el Código de Inversión de Camerún de 1990, cuyo artículo 45(1) establece que los inversionistas extranjeros tendrán derecho a solicitar que la disputa sea resuelta, entre otras opciones, mediante arbitraje de inversión CIADI[13].

Las legislaciones nacionales a veces hacen referencia al arbitraje de inversión, pero son claras en que esa mención no pretende constituir una manifestación del consentimiento del Estado. Un ejemplo de lo anterior sería el caso de una disposición que establezca que las partes "podrán acordar" que sus disputas relativas a la inversión se resolverán mediante arbitraje[14]. En otros

11. Ley No. 7763 (Albania), 1993. El texto citado es una traducción libre realizada a partir del texto en inglés de la ley, que a su turno se encuentra en la decisión sobre jurisdicción del caso CIADI *Tradex Hellas c. Albania*. Véase: *Tradex Hellas c. Albania*, Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/94/2, 24 de diciembre de 1996.
12. Véase: Tradex Hellas c. Albania, Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/94/2, 24 de diciembre de 1996.
13. Véase: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Dispute Settlement, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.3 Consent to Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, p. 11. *Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 239-240.

casos puede haber ambigüedades que den lugar a una controversia sobre el particular. Esta última situación se presentó en el caso SPP c. Egipto, en que el demandante alegó que el artículo 8° de la Ley 43 de 1974 (de Egipto) constituía una oferta de arbitraje y el Estado demandado negó haber prestado su consentimiento para arbitrar mediante dicha disposición[15], y, más recientemente, en los arbitrajes que debatieron los efectos del artículo 22 del Decreto 365 de octubre de 1999 del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela[16].

Para concluir, se debe resaltar que una disposición legislativa mediante la cual se plasme la voluntad de arbitrar, no es más que una *oferta* del Estado al inversionista extranjero; el pacto arbitral únicamente se forma en el momento en que la oferta es *aceptada* por el inversionista. Por lo general, se reconoce que el inversionista acepta la oferta del Estado al iniciar un arbitraje[17].

1.2.3 *Tratados Internacionales*[18]

Al igual que mediante ofertas contempladas en legislaciones nacionales, un Estado puede prestar su consentimiento para arbitrar diferencias relativas a inversiones mediante una oferta inserta en un tratado internacional. Es de notar que el tratado en sí no contiene el pacto arbitral, sino una oferta de cada Estado signatario a los inversionistas protegidos por el tratado. Así, no es

14. Véase: Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, pp. 200-202; Schreuer, Christoph, "Consent to Arbitration", en Muchlinski, Peter; Ortino, Federico & Schreuer Christoph (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, Capítulo 21, § 2. Disponible en Web: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510_En&caseId=C256 (Consulta 15 de septiembre de 2012).
15. Véase: *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. Egipto*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/84/3, 20 de mayo de 1983.
16. Véase: *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V. et. ál. c. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/07/27 de junio 10 de 2012. *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas Investments II B.V. c. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre jurisdicción de diciembre 30 del 2010.
17. Véase: *Tradex Hellas c. Albania*, Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/94/2, 24 de diciembre de 1996; Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, pp. 202-205.
18. Por tratados internacionales, se hace referencia tanto a instrumentos bilaterales como multilaterales.

sino hasta que el inversionista –nacional de uno de los Estados signatarios del tratado, distinto al Estado receptor de la inversión– acepta la oferta, que se forma el acuerdo de las partes para arbitrar.

Un gran número de arbitrajes de inversión encuentran su fundamento en tratados internacionales que, con notoria frecuencia, contienen ofertas de arbitraje[19]. Un ejemplo de una oferta de arbitraje contenida en un tratado internacional es el artículo 11 del Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, que dice:

> *"(1) Si un inversionista de una Parte considera que alguna medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, y esto causa algún daño o pérdida a él o a su inversión, él podrá solicitar consultas con miras a que se pueda resolver el asunto amigablemente.*
> *(2) Cualquier asunto que no haya sido resuelto dentro de un período de seis meses desde la fecha de la solicitud escrita para consultas, podrá ser remitido a las cortes o tribunales administrativos de la Parte concerniente o al arbitraje internacional. En el último caso, el inversionista tendrá la opción de escoger entre alguno de los siguientes:*
> *(a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias, Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto para firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 ("Convenio de Washington"); y*
> *(b) Un tribunal ad-hoc que, a menos de un acuerdo distinto entre las partes de la disputa, deberá establecerse bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).*
> *(3) Cada Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo 2 anterior…"*[20].

19. Para algunos ejemplos, véase: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Dispute Settlement, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.3 Consent to Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2, p. 17.
20. Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, 17 de mayo de 2006, artículo 11.

Por otra parte, en línea con el razonamiento expuesto supra, es muy importante resaltar que no toda referencia en un tratado internacional a arbitraje de inversión constituye una oferta de arbitraje de parte de los Estados signatarios. El alcance del consentimiento de los estados puede variar considerablemente de un tratado a otro. Así, el texto de cada tratado se debe analizar con cuidado con el fin de determinar si en efecto contiene una oferta de arbitraje para inversionistas extranjeros que se encuentren cubiertos por el tratado y, de ser el caso, el alcance de dicho consentimiento[21].

Al igual que con las ofertas contenidas en legislaciones nacionales, por lo general se reconoce que el inversionista acepta la oferta del Estado al iniciar un arbitraje; sin embargo, el inversionista también podría aceptar la oferta con anterioridad a que se dé inició al arbitraje[22].

2.2 Las partes en el proceso

Mientras que en los arbitrajes comerciales internacionales los demandantes y demandados suelen coincidir con las partes en un contrato, sin tener otras características con fundamento en las cuales puedan trazarse distinciones generales respecto de otros procesos, en el arbitraje de inversión el demandante es típicamente un inversionista extranjero (2.2.1) y el demandado es en principio el Estado receptor de la inversión (2.2.2)[23].

2.2.1 Inversionista extranjero

En relación con el demandante en un arbitraje de inversión, debe comenzarse por reconocer que no existe una definición uní-

21. Para un estudio detallado sobre este particular, véase: Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 234 y ss.
22. Véase: Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, pp. 211-214.
23. Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 233.

voca de inversionista extranjero. El significado del concepto varía según el instrumento del que se derive la jurisdicción del tribunal.

Cuando dicho instrumento es un TBI o un capítulo de inversión de un TLC, generalmente se exige que el inversionista sea nacional de uno de los Estados contratantes. Por ejemplo, el Capítulo X del TLC Colombia-Estados Unidos dispone en su artículo 10.28:

> *"[I]nversionista de una Parte significa una parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva"*[24].

En tratándose de leyes de protección de inversiones, generalmente se utiliza una terminología más amplia, que no limita el concepto de inversionista extranjero a aquellos que provienen de un Estado determinado. Por ejemplo, en Albania, la Ley No. 7764 de 1993 disponía:

> *"2. Inversionista extranjero significa: a) cualquier persona natural que sea ciudadana de un país extranjero, o b) cualquier persona natural que sea ciudadana de la República de Albania y tenga su domicilio permanente en un país extranjero, o c) cualquier persona jurídica que haya sido incorporada o constituida bajo las leyes de un país extranjero que directa o indirectamente busque realizar o esté realizando una inversión en el territorio de la República de Albania bajo sus leyes o haya realizado una inversión bajo las leyes vigentes en el período de tiempo corrido del 31 de julio de 1990 en adelante"*[25].

24. Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos, 22 de noviembre de 2006, capítulo 10, artículo 10.28.
25. Ley No. 7763 (Albania), 1993. El texto citado es una traducción libre realizada a partir del texto en inglés de la ley, que a su turno se encuentra en la decisión sobre jurisdicción del caso CIADI *Tradex Hellas c. Albania*. Véase: *Tradex Hellas c. Albania*, Decisión sobre jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/94/2, 24 de diciembre de 1996.

Finalmente, cuando el consentimiento para acudir a arbitraje se ha manifestado en un contrato de inversión, el inversionista extranjero será en principio quien contrata con el Estado receptor de la inversión; así pues, se tratará de un sujeto claramente definido, de manera similar a como ocurriría en un pacto arbitral de carácter inserto en un contrato comercial[26].

2.2.2 Estado

Como se señaló en los párrafos anteriores, el demandado en un arbitraje de inversión suele ser el Estado receptor de la inversión; sin embargo, también puede darse el caso de arbitrajes de inversión en que se demande a algunos organismos públicos de dicho Estado.

Por ejemplo, el artículo 25 de la Convención de Washington de 1965 utiliza las expresiones "…Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado)"[27]. Esta disposición fue objeto de controversia en el conocido caso Cable Televisión c. San Cristóbal y Nieves, en que el demandante había celebrado un contrato de inversión con la Administración de la Isla de Nieves (en adelante, AIN) que contenía un pacto para arbitraje CIADI. El tribunal halló que la AIN era una subdivisión política de San Cristóbal y Nieves, país que a su turno era parte de la Convención de Washington. Sin embargo, dado que la AIN no había sido acreditada por el Estado ante el CIADI, los árbitros se declararon faltos de jurisdicción[28]. Otro ejemplo se encuentra en Noble Energy c. Ecuador, en que un tribunal CIADI afirmó: "Ecuador acreditó a Conelec ante el Centro el 21 de agosto de 2002 para los efectos del artículo 25 del Convenio CIADI y Cone-

26. Respecto de los llamados *contratos de inversión*, véase: Bishop, Doak; Crawford, James & Reisman, W. Michael, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, pp. 216-313.
27. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, artículo 25.1.
28. Véase: *Cable Televisión c. San Cristóbal y Nieves*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/95/2, 13 de enero de 1997.

lec debe entonces considerarse como un organismo público de la República del Ecuador"[29].

Estos ejemplos bastan para mostrar que, si bien el demandado en un arbitraje de inversión en principio es el Estado, también pueden demandarse algunos órganos del Estado o subdivisiones políticas del mismo, bajo ciertas circunstancias.

Finalmente, vale la pena resaltar que, aunque generalmente el inversionista es el *demandante* en el arbitraje de inversión, siendo el Estado receptor de la inversión el *demandado*, en algunos casos se ha discutido si el Estado podría presentar una demanda de reconvención contra el inversionista. En ciertas decisiones se ha respondido dicho interrogante afirmativamente[30].

2.3 Objeto de la controversia

En un arbitraje comercial internacional, la controversia que debe resolver el tribunal generalmente está relacionada con una relación jurídica de derecho privado, sin perjuicio de que pueda haber arbitrajes comerciales sobre, por ejemplo, contratos estatales. En el arbitraje de inversión, la controversia concierne una *inversión* e involucra el ejercicio del poder de imperio del Estado. Sin embargo, el objeto de la controversia depende sobremanera del instrumento que sirva como fuente de jurisdicción al tribunal, por dos razones.

Primero, ese instrumento es el que define qué se entiende por inversión. Por ejemplo, el TLC entre Colombia y los Estados Unidos dispone:

29. *Noble Energy & Machala Power Cia. Ltda. c. Ecuador & Consejo Nacional de Electricidad*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/05/12, 5 de marzo de 2008, ¶ 63.
30. Sobre la posibilidad de que el Estado presente una demanda reconvencional contra el inversionista, véase: *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/06/1, 7 de diciembre de 2011; *Saluka c. República Checa*, Decisión de jurisdicción sobre la demanda reconvencional de la República Checa, Caso CNUDMI, 7 de mayo de 2004; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. & A.S. Baltoil c. Estonia*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/99/2, 25 de junio de 2001; *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/84/4, 6 de enero de 1988; *Atlantic Triton c. Guinea*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/84/1, 21 de abril de 1986.

> *"[i]nversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales y otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo"*[31].

Otros instrumentos, como el TLC entre Colombia y Canadá, traen un listado de aquello que se considera una inversión, así como una lista de lo que no se entiende comprendido dentro del concepto de inversión[32]. Así pues, la definición de inversión varía según el tratado, la ley de inversión extranjera o el contrato de inversión aplicable.

Segundo, la relación que debe tener la controversia con la inversión es determinada de manera diferente en cada instrumento. En relación con este punto, la doctrina ha identificado cuatro categorías. La primera agrupa los instrumentos que se refieren a "todas" o "cualquiera" de las controversias relacionadas con una inversión; la segunda incluye aquellos que aluden a controversias que surjan de o se relacionen con una autorización de inversión, un acuerdo de inversión o la supuesta violación de cualquier derecho conferido, creado o reconocido por el instrumento en relación con una inversión cubierta; el tercer grupo restringe el objeto del arbitraje a violaciones del instrumento que contiene la manifestación de voluntad del Estado (v.gr., el TBI); finalmente, el cuarto grupo limita el objeto del arbitraje a controversias acerca del *quantum* a pagar en caso de una expropiación ilícita[33].

Así pues, el objeto de la controversia en los arbitrajes de inversión concierne una inversión; en los arbitrajes comerciales, el objeto del proceso varía significativamente de un arbitraje a otro.

31. Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos, 22 de noviembre de 2006, capítulo 10, artículo 10.28.
32. Véase: Tratado de Libre Comercio Colombia-Canadá, 21 de noviembre de 2008, capítulo VIII, artículo 838.
33. Véase: Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 234.

2.4 Derecho aplicable

La ley sustantiva que aplica un tribunal comercial internacional es, en principio, la acordada por las partes. Ese derecho corresponderá típicamente a un sistema jurídico nacional, si bien es posible acordar válidamente la aplicación de un cuerpo de reglas de origen no nacional (v.gr., los principios Unidroit). En ese sentido, la Ley 1563 de 2012 dispone: "El tribunal decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes"[34]. La expresión normas de derecho, tomada del artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI, implica que las partes pueden escoger el ordenamiento jurídico de un Estado como ley aplicable, pero también normas ajenas a toda legislación estatal[35].

En el arbitraje de inversión el derecho aplicable es *generalmente* el derecho internacional público; decimos *generalmente*, porque en ciertos casos puede ser aplicable un derecho nacional o un cuerpo de normas de origen no estatal, bien sea de manera exclusiva o conjuntamente con el derecho internacional público[36].

En ese orden de ideas se ha expresado que:

> *"Las inversiones extranjeras se encuentran reguladas por reglas tanto internacionales como nacionales. Existe un cuerpo considerable de derecho internacional sustantivo que protege a los inversionistas extranjeros. Este [derecho encuentra su fuente en] tratados, [y está] contenido principalmente en TBIs, pero también en tratados multilaterales como el TLCAN o la Carta de la Energía. Pero también hay una buena porción de derecho consuetudinario que conserva relevancia. Este derecho internacional consuetudinario incluye varios aspectos de responsabilidad del Estado y asuntos tales como denegación de justicia, el derecho relativo a las expropiaciones y reglas respecto de la nacionalidad de individuos y compañías. Sin embargo, los inversionistas también están sujetos al derecho doméstico del Estado receptor. Hay legislación relevante como derecho comercial, derecho societario, derecho administrativo, derecho laboral, derecho tributario, regulaciones cambiarias, derecho inmobiliario, y otras muchas áreas del sistema jurídico del Estado receptor […]"*[37].

34. Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012, artículo 101.
35. Véase: Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009, p. 2228.
36. Véase: Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 40-125; Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 265-271. En relación con la ley aplicable en arbitrajes CIADI, véase: Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, pp. 545-639. Respecto de la ley aplicable a contratos de inversión, véase: Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 73-74.

Dicho lo anterior, es posible concluir que, cuando un tribunal arbitral internacional decide una controversia de conformidad con el derecho internacional público, en principio se tratará de un arbitraje de inversión. Sin embargo, la ley aplicable en un arbitraje de inversión puede ser diferente al derecho internacional público.

2.5 El procedimiento arbitral

El procedimiento en un arbitraje comercial internacional y en uno de inversión no es necesariamente diferente[38]. De hecho, un arbitraje de inversión puede llevarse bajo reglamentos como el de la CNUDMI, el de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (en adelante, LCIA), o el de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), por solo mencionar algunos ejemplos. En ese sentido, el artículo IX del TBI Colombia-Reino Unido dispone:

> *[…] El inversionista y la parte contratante partes de la controversia podrán acordar referir la controversia a alguno de los siguientes:*

37. Traducción libre. El texto original en inglés dice: "[f]oreign investments are regulated by international as well as national rules. There is a considerable body of substantive international law protecting foreign investors. It consists of treaty law, contained mostly in BITs, but also multilateral treaties such as NAFTA and the Energy Charter Treaty. But there is also a good deal of customary international law that remains relevant. This customary international law includes various aspects of state responsibility and such issues as denial of justice, the law on expropriation and rules relating to the nationality of individuals and corporations. But investors are also subject to the host state's domestic law. There is relevant legislation like commercial law, company law, administrative law, labour law, tax law, foreign exchange regulations, real estate law, and many other areas of the host state's legal system". Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 265.
38. Sin embargo, el procedimiento en un arbitraje internacional –comercial o de inversión– sí suele ser muy distinto del que se sigue en los procesos judiciales y en el arbitraje doméstico. Véase: Bishop, Doak; Crawford, James & Reisman, W. Michael, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, p. 16.

(a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (teniendo en cuenta las disposiciones aplicables del Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto a la firma en Washington, D.C. el 18 de marzo de 1965 y el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de hechos);
(b) La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional;
(c) Un árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc que será designado por un acuerdo especial o establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; o
(d) Un tribunal conformado de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la institución de arbitraje de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, según lo especificado en el Anexo 1 de este Acuerdo[39].

A pesar de la variedad de reglamentos de arbitraje que pueden regir el procedimiento en un arbitraje de inversión, lo cierto es que un reglamento puede estar diseñado para ser utilizado exclusivamente en arbitrajes de inversión; ese es el caso del el Reglamento del CIADI. Por ello podría aseverarse que, si bien todo arbitraje CIADI es de inversión, no todo arbitraje de inversión es CIADI[40].

3. El arbitraje de inversión y la Ley 1563 de 2012

Habiendo trazado una distinción general entre los arbitrajes comerciales internacionales y los arbitrajes de inversión, cabe preguntarse si un arbitraje de inversión puede estar sujeto a la Ley 1563 de 2012. El punto de partida para la respuesta a dicho interrogante debe ser, naturalmente, el artículo 62 del nuevo Estatuto de Arbitraje Internacional, de conformidad con el cual las normas

39. Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones Colombia - Reino Unido, 19 de mayo de 2009, artículo IX. Es preciso tener en cuenta que este tratado no había entrado en vigencia a la fecha de presentación de este artículo.
40. Para una descripción general del procedimiento en un arbitraje CIADI, véase: Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 257, ss.

de la ley aplican únicamente a arbitrajes internacionales cuya sede se encuentre en el país, salvo por algunas disposiciones que conciernen la ejecución en Colombia de laudos extranjeros y de medidas cautelares dictadas por tribunales cuya sede se encuentra fuera del país, entre otros asuntos[41].

Si el elemento definitorio de la aplicación de la Ley 1563 de 2012 es la sede del tribunal, entonces habría que reformular el interrogante objeto de estudio, en los siguientes términos: ¿puede un tribunal arbitral de inversión tener sede en Colombia? La respuesta ha de ser afirmativa. *Arbitraje de inversión* no es sinónimo de *arbitraje deslocalizado* o *arbitraje sin sede*. Por ejemplo, si un TBI prevé que una controversia entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión puede someterse a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, ese arbitraje tendría su sede en el territorio de un Estado; en consecuencia, el laudo resultante podría ser anulado por los jueces competentes de la sede y requeriría de exequátur para ser ejecutado fuera del país donde está localizada la sede[42].

Existe, sin embargo, una excepción de gran importancia práctica. El artículo 53(1) de la Convención de Washington de 1965 dispone:

> *El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio*[43].

41. Véase: Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 62, incisos 1 & 2.
42. El autor ya ha tenido oportunidad de analizar detalladamente el concepto de *sede* y sus consecuencias sobre la "nacionalidad" del laudo arbitral. Véase: Eduardo Zuleta & Alberto Zuleta, "La relevancia de la llamada "nacionalidad de la sentencia arbitral" en la Convención de Nueva York", en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Cevallos Editora Jurídica, 2010, pp. 323-352.
43. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, artículo 53.1.

En relación con esta disposición, se ha explicado que:

> *"La Convención prevé una serie de procedimientos de impugnación y revisión en los artículos 49(2) (complementación y rectificación), 50 (interpretación), 51 (revisión) y 52 (anulación). El sistema de revisión bajo la Convención es autocontenido y no admite ninguna forma de revisión externa. Este principio también se extiende a la etapa de reconocimiento y ejecución de los laudos CIADI. Una corte o autoridad doméstica ante la cual se persiga el reconocimiento y ejecución está limitada a la determinación de la autenticidad del laudo. No puede reexaminar la jurisdicción del tribunal. No puede reexaminar el laudo en cuanto al fondo. Tampoco puede examinar la justicia y propiedad del procedimiento [surtido] ante el tribunal Ciadi"*[44].

No sobra añadir que existen dos tipos de arbitrajes CIADI. El primer grupo corresponde a los arbitrajes que se encuentran cobijados por la Convención de Washington de 1965, caso en el cual el laudo no está sujeto a recurso alguno ante cualquier corte nacional. Se trata de lo que algunos autores llaman un arbitraje sin sede que da lugar a un laudo anacional. En el segundo grupo están los arbitrajes que, si bien no están cobijados por la Convención, se someten al Reglamento del CIADI y son administrados por el Centro, de conformidad con el Mecanismo Complementario de 1978. En esta última hipótesis, el arbitraje sí tiene una sede y laudo que resulte del proceso puede estar sujeto a anulación y requiere de exequátur para ser ejecutado fuera de la sede[45].

Ahora bien, es preciso agregar que el hecho de que las audiencias de un arbitraje de inversión tengan lugar en Colombia, no significa que la sede del tribunal se encuentre en el país; la

44. Traducción libre. El texto original en inglés dice: "[t]he Convention provides for a number of remedies and review procedures in Arts. 49(2) (supplementation and rectification), 50 (interpretation), 51 (revision) and 52 (annulment). The system of review under the Convention is self-contained and does not permit any external review. This principle also extends to stage of recognition and enforcement of ICSID awards. A domestic court or authority before which recognition and enforcement is sought is restricted to ascertaining the award's authenticity. It may not re-examine the ICSID tribunal's jurisdiction. It may not re-examine the award on the merits. Nor may it examine the fairness and propriety of the proceedings before the ICSID tribunal". Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 1139.
45. Sobre este punto, véase: Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 1139.

sede es un concepto *jurídico* antes que *físico*. En ese sentido, se ha explicado con acierto:

> *"La distinción entre el lugar o "sede" del arbitraje y la locación [física] de los procedimientos o de la deliberación es trillada. Algunos participantes inexpertos en arbitraje internacional podrían estar inicialmente confundidos (y algunos más experimentados, pretender estar confundidos) acerca del hecho de que el lugar o "sede" arbitral no es el lugar físico sino el vínculo, la "vinculación" o factor de conexión a un sistema procesal determinado o lex arbitri del Estado donde está situada la "sede". Es también un principio aceptado que, por conveniencia u otras razones, las audiencias y deliberaciones pueden tener lugar en un lugar diferente a la "sede" del arbitraje"*[46].

Así, por ejemplo, en un arbitraje CIADI cobijado por la Convención de Washington de 1965, las audiencias podrían tener lugar en Bogotá; más aún, existe un convenio para el efecto entre la Cámara de Comercio de Bogotá y el CIADI[47]. A pesar de ello, en tales casos, no podría considerarse que por esa circunstancia el arbitraje tiene sede en el país.

Finalmente, la Ley 1563 de 2012 aplicaría al recurso de anulación de laudos en arbitrajes de inversión que tengan como sede a Colombia, y al reconocimiento y ejecución de laudos proferidos en arbitrajes de inversión diferentes de aquellos que se profieran por tribunales CIADI al amparo de la Convención de Washington de 1965.

46. Traducción libre. El texto original en inglés dice: "[t]he distinction between the place or 'seat' of arbitration and the actual location of the proceedings or deliberation is a trite one. Some participants inexperienced in international arbitration might initially be confused (and some more experienced sometimes pretend to be confused) about the fact that the place or 'seat' of arbitration is not the physical location but the link, the 'rettachement' or connecting factor to a given procedural order or 'lex arbitri' of the State where the 'seat' is situated. It is also an accepted principle that, for convenience or other reasons, hearings and deliberations may be held elsewhere than at the 'seat' of arbitration". A. Crivellaro, "The Place or 'Seat' of Arbitration (Possibility, and/or Sometimes Necessity of its Transfer?) – Some Remarks on the Award in ICC Arbitration No. 10'623, en *ASA Bulletin*, No. 21, marzo de 2003, p. 112.
47. Véase: Cámara de Comercio de Bogotá, *Membresías y Convenios.* Disponible en Web: http://www.cacccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=155&conID=510. (Consulta 15 de septiembre de 2012).

4. Conclusión

Este artículo ha buscado analizar la relación existente entre el nuevo Estatuto de Arbitraje Internacional, aprobado mediante la Ley 1563 de 2012, y el arbitraje de inversión. Con tal fin se ha comenzado por establecer las principales diferencias entre los arbitrajes comerciales y los de inversión. Como el lector acucioso habrá notado, al enunciar las características de dichas categorías, se ha evitado utilizar un lenguaje tajante.

La razón es que se trata de características y diferencias que se presentan *usualmente*, pero no en todos los casos; de hecho, la distinción entre ambos tipos de arbitraje debe visualizarse, más que como una división entre blanco y negro, como una escala de grises. En un extremo de dicha escala se ubicarían los arbitrajes que claramente son *arbitrajes de inversión*; piénsese, por ejemplo, en un arbitraje CIADI entre un Estado y un inversionista extranjero, por la violación de un TBI y en que el tribunal debe decidir la controversia conforme al derecho internacional público. En el otro extremo se situarían los arbitrajes que claramente son *arbitrajes comerciales internacionales*, como lo sería un arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje CCI, entre dos particulares y por el incumplimiento de un contrato comercial. En el medio aparecerían otros arbitrajes que tienen elementos de ambas categorías, que en ocasiones son difíciles de situar y dan lugar a complejas discusiones sobre la competencia del tribunal.

Habiendo establecido en estos términos los criterios de diferenciación entre los arbitrajes comerciales internacionales y los arbitrajes de inversión, podemos concluir que la Ley 1563 de 2012 no aplica a los arbitrajes de inversión CIADI que se adelanten al amparo de la Convención de Washington de 1965, aunque las audiencias del arbitraje correspondiente se celebren en Colombia. Tampoco aplica al reconocimiento y ejecución de laudos proferidos en arbitrajes CIADI al amparo de la citada Convención.

Se aplica, por el contrario, a los arbitrajes CIADI adelantados al amparo del Mecanismo Complementario de 1978, cuando tales arbitrajes tengan sede en Colombia, y al reconocimiento y ejecución de laudos proferidos fuera de Colombia bajo el referido mecanismo complementario.

Finalmente, la Ley 1563 de 2012 se aplica a todos los demás arbitrajes de inversión que tengan una sede ubicada en el territorio nacional colombiano (v.gr., arbitrajes de inversión bajo el Reglamento de Arbitraje CCI o bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI) y al reconocimiento y ejecución de laudos proferidos fuera de Colombia bajo cualesquiera reglas de arbitraje, con excepción, se reitera, de los laudos proferidos en arbitrajes CIADI al amparo de la Convención de Washington de 1965.

CABEZAS&WRAY
ABOGADOS

LOS MEJORES RESULTADOS EN LOS CASOS MÁS DIFÍCILES
GRACIAS A NUESTRA **EXPERIENCIA, INTEGRIDAD,**
PREPARACIÓN, SOLUCIONES CREATIVAS

C&W

Alberto Wray
Ernesto Albán Ricaurte
Verónica Arroyo M.
Marcelo Salvador Ron
Marisol Romero Cajiao
Juan Ignacio Maldonado

WWW.CYWLEGAL.COM

Av. Shyris N33-134 y República del Salvador, Edificio Libertador, Piso 14, Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 3824 613 • 3824 614 • 3824 653 • 3824 654
Fax: ext. 28 | E-mail: info@cywlegal.com

Los derechos colectivos territoriales de los pueblos y nacionalidades indígenas en el arbitraje internacional de inversiones

Jaime Vintimilla Saldaña

Sumario

1. Reflexión inicial. **2.** Preocupaciones que se advierten en la realidad ecuatoriana por el arbitraje internacional de inversiones. **3.** Los pueblos indígenas entre el *ius cogens*, el *soft law* y las inversiones. **4.** La fragmentación del Derecho Internacional: una lucha entre el particularismo y el universalismo. **5.** La interpretación de los instrumentos internacionales: Un todo integral o una fragmentación contextual. **6.** Cortes locales y arbitraje. **7.** Arbitraje Comercial internacional. **8.** Arbitraje Internacional de Inversiones. **9.** Conclusiones

1. Reflexión inicial

En estudios distintos he analizado la titularidad de derechos que, gracias al reconocimiento de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales, poseen los pueblos indígenas. En la misma línea, también se ha advertido la existencia de impactos negativos generados por la industria extractiva en detrimento de la calidad de vida de los pueblos indígenas, ya que en ocasiones estas actividades han facilitado la vulneración de algunos de sus derechos colectivos.

Desafortunadamente, en la realidad constitucional local es frecuente que dicha violación de derechos nazca como consecuen-

cia de decisiones estatales que han cedido, en contra de los estándares internacionales de Derechos Humanos, ante las necesidades económicas y políticas, lo que ha causado que los derechos colectivos pierdan fuerza y se relativicen.

En consecuencia, se advierte que los pueblos indígenas, a pesar de tener derechos reconocidos, sufren menoscabo en su ejercicio, en especial, cuando un conflicto ya sea con el estado, ya sea con las empresas es resuelto por los jueces nacionales con tesis alejadas del *estado constitucional de derechos* o sencillamente no se permite que los sujetos colectivos puedan ejercitarlos conforme la jurisprudencia vinculante de Derechos Humanos.

Esta situación acaece también cuando ciertos conflictos, donde están involucrados directa o indirectamente pueblos indígenas, llegan a foros internacionales distintos de los sistemas de protección de Derechos Humanos. En este sentido, merecen atención aquellos litigios arbitrales internacionales de inversiones donde no es todavía del todo clara la forma de reconocer y aplicar los textos normativos internacionales que garantizan sus derechos colectivos, pues en algunos casos se observa que dichos tribunales o instancias anacionales no han permitido una defensa adecuada de los Derechos Humanos e intereses de los pueblos indígenas.

2. Preocupaciones que se advierten en la realidad ecuatoriana por el arbitraje internacional de inversiones

Ecuador es uno de los países que mantiene más juicios arbitrales de inversión y, a la vez, su carta constitucional es una de las que más protege a los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas. No obstante, existen algunas preocupaciones a causa de la apertura de nuevas opciones de explotación de recursos petroleros donde estos derechos han sido omitidos, dejando latente la posibilidad de juicios arbitrales internacionales, no necesariamente de inversiones ante CIADI, ya que Ecuador denunció el convenio, pero sí ante otras sedes arbitrales.

En este sentido, la aprobación de la declaratoria de interés nacional que la Asamblea Nacional del Ecuador decretó en octubre de 2013 permite "la explotación de los Bloques 31 y 43, en una extensión no mayor al uno por mil (1/1000) de la superficie actual del Parque Nacional Yasuní"[1].

La resolución legislativa hace posible la exploración y explotación de petróleo en una zona donde transitan pueblos indígenas no contactados. En consecuencia, el estado iniciará licitaciones petroleras para que empresas privadas y/o públicas puedan irrumpir en la vida de los pueblos indígenas que habitan allí.

Si bien la declaración de interés nacional busca también "garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza, para alcanzar el Buen Vivir o Sumak Kawsay", no es menor cierto que además existe un riesgo latente de declaratoria de responsabilidad internacional del estado ecuatoriano. Sin duda, la preocupación nace de la presencia futura y presente de empresas extractivas que si no consideran los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas generarán múltiples problemas ambientales, económicos y sociales, que algún momento deberán ser resueltos mediante distintos mecanismos de tutela judicial, arbitral o de otro tipo.

Lo alarmante del tema, es que ya existen antecedentes en laudos y decisiones arbitrales anteriores donde la posición adversa de los pueblos indígenas a la industria extractiva ha sido considerada como fuerza mayor y los árbitros se han inhibido de conocerla sin hacer un análisis, aunque sea somero, del Derecho Internacional[2].

1. La declaratoria de interés nacional fue aprobada por la Asamblea Nacional del Ecuador mediante Resolución legislativa publicada en el Registro Oficial Suplemento 106 de 22 de octubre de 2013.
2. Un ejemplo claro se puede advertir en la decisión sobre jurisdicción emitida por el tribunal arbitral conformado dentro del caso CIADI No. ARB/08/5 entre Burlington Resources Inc. y Ecuador.

En general, no siempre de forma amigable, se encuentran dos visiones internacionales contrapuestas, ya que para los defensores de las inversiones empresariales podría parecer que los Derechos Humanos de los pueblos indígenas juegan un papel no más que secundario en la solución de los conflictos "inversionista estado" e incluso atentatorio a la globalización, aspecto que, en cambio, colisiona con aquella necesidad de establecer también la responsabilidad corporativa por las violaciones cometidas por las empresas o el mismo estado en contra de los pueblos y nacionalidades indígenas.

El principal problema que surge es el hecho que el estado, en no pocas ocasiones, vulnera el respeto de los Derechos Humanos e inclusive omite las normas constitucionales de los pueblos y nacionalidades indígenas cuando permite el desarrollo de actividades extractivas sin considerar la realidad socio-antropológica y jurídica de estos pueblos afectados con la extracción de recursos naturales.

Una de las consecuencias negativas de la imposición estatal es precisamente la generación del efecto de mantener invisibles a los pueblos indígenas en todos aquellos conflictos que el estado mantiene con las empresas extractivas, muy a pesar de que los indígenas claramente sufren diversos daños a su cultura, ataques a su autodeterminación, destrucción de su hábitat y forma de vida, contaminación de sus tierras, etc.

3. Los pueblos indígenas entre el *ius cogens*, el soft law y las inversiones

Una de las mayores preocupaciones de los pueblos indígenas es, sin duda alguna, la falta de defensa adecuada de sus derechos colectivos, en especial los territoriales y los de autodeterminación, tanto en foros nacionales como en internacionales. Al respecto y si bien los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos han empezado a proteger a estos sujetos colectivos

aplicando un nuevo *ius gentium*, más humanizado, que se basa más en la *raison d´humanité* que en la *raison d´État*, no obstante, todavía se advierte que en ciertos foros como el arbitraje internacional, los árbitros no aplican los instrumentos internacionales que defienden los derechos tanto de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que no tienen directo *ius standi* como de los pueblos indígenas en general, ya que supeditan sus derechos a los intereses del estado o a aquellos de los inversionistas, subsumiendo cualquier derecho colectivo en conceptos tan ambiguos como fuerza mayor[3], expropiación indirecta o trato justo y equitativo.

Al respecto, es vital tener en mente que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un sistema que tiene supremacía sobre cualquier otro derecho, más todavía cuando existe una marcada tendencia hacia la protección de lo que se considera grupos vulnerables. Así en el proceso de globalización en cual estamos inmersos aparecen diversos centros de decisiones, instancias de regulación, cortes internacionales donde los diversos actores (estados, empresas internacionales, instituciones financieras y comerciales internacionales, pueblos indígenas) tienen derechos y responsabilidades que son reguladas por distintas ramas del derecho internacional e instrumentos internacionales pero que se orientan no solamente a incentivar el libre comercio sino que buscan construir el desarrollo sostenible y la realización universal de los Derechos Humanos definidos en la Declaración de 1948 y en posteriores instrumentos internacionales.

Resulta vital, entonces, comprender que en la actualidad se acepta que varios agentes no estatales pueden también incurrir en violaciones de estos derechos y entre ellos encontramos a las Organizaciones Internacionales, las empresas multinacionales y

3. Cancado Trindade, A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law Monographs Martinus Nijhoff, 2010, p. 28. El autor intenta establecer un nuevo *jus gentium* que responda a las preocupaciones actuales de la humanidad, entre otras, la protección de derechos humanos, la autodeterminación de los pueblos, la protección ambiental, el desarrollo y el desarme. Además mantiene una fe enorme en el potencial del derecho para colmar las necesidades y aspiraciones de la humanidad como una herramienta totalmente opuesta al uso discrecional de la fuerza por parte de los estados.

los grupos guerrilleros o terroristas. Es decir, "el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los estados responsables de tales acciones"[4]. En consecuencia, los pueblos indígenas deben ser resarcidos o indemnizados si han sufrido agresiones a sus Derechos Humanos por parte del estado y de las empresas en actividades de extracción.

En esta misma línea, las empresas no solamente se deben ajustar a los principios rectores de Ruggie sobre empresas y Derechos Humanos[5], sino que tampoco pueden reducir las responsabilidades a *buenas prácticas* o peor aún, buscar que la llamada responsabilidad social corporativa RSC, sea considerada únicamente como *soft law*; al contrario, urge mayor rigidez en el trato normativo, sometimiento a rendición de cuentas y a normas de transparencia más efectivas para reducir cualquier privilegio y a la vez diseñar mecanismos más eficientes de protección de Derechos Humanos que consideren las asimetrías de los pueblos indígenas[6].

Por último, el dilema que se enfrenta en la realidad es considerar como distintos y paralelos a los sistemas de inversiones y de derechos humanos o comprender que el derecho internacional debe ser un referente para proteger a los diferentes sujetos y por ello no puede alejarse de la legislación internacional en materia de medio ambiente y derechos humanos[7].

4. Faúndez Ledesma, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 11 y 12.
5. Documento de la ONU A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011. Este informe fue preparado por John Ruggie, profesor de ciencias políticas en la Universidad de Harvard, asesor de Kofi Anan para la elaboración del Pacto Mundial y de las Metas del Milenio, fue nombrado como representante especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Al término de su mandato de tres años, en el año 2008, el Consejo de derechos humanos extendió su mandato por tres años más, los cuales culminaron en junio de 2011 con la presentación de su informe final. En López Hurtado, C., "Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional", Aportes DPLF, Empresas y derechos humanos: una relación compleja, número 15, septiembre de 2011, pp. 7 y 8.
6. Hallazi Méndez, L., Súper derechos de inversiones vs endebles derechos humanos, América Latina en Movimiento ALAI, 2013. Disponible en [http://es.justinvestment.org/2013/07/super-derechos-de-inversiones-vs-endebles-derechos-humanos/], (Página visita el 18 de junio de 2014).

4. La fragmentación del Derecho Internacional: una lucha entre el particularismo y el universalismo

Uno de los grandes problemas que enfrenta la protección efectiva de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es precisamente la denominada fragmentación[8] del derecho internacional[9], pues se han ratificado varios instrumentos internacionales paralelos que muchas veces colisionan entre sí. En este sesgo, se advierte la coexistencia, no siempre pacífica, entre regímenes internacionales como el sistema internacional de comercio, de derechos humanos, de inversiones[10], de medio ambiente, donde además cada uno presenta sus componentes sustantivos y sus mecanismos de solución de controversias[11] así como se observa el aparecimiento progresivo y cada vez más sólido de otros sujetos internacionales como los individuos, los pueblos indígenas, organismos internacionales y empresas multinacionales que interactúan con los diversos estados.

8. La fragmentación del derecho internacional aparece por el surgimiento de reglas especializadas y autónomas, instituciones legales y órganos jurisdiccionales que resultan de la generación de distintas ramas de derecho internacional especializadas y separadas entre sí. Ver Faruque, A., "Mapping the Relationship between Investment Protection and Human Rights", *The Journal of Investments & Trade,* Vol. 11, No. 4, August 2010.
9. Para ciertos autores las nuevas áreas del derecho internacional más importantes son dieciséis: Derecho internacional constitucional, derecho internacional administrativo, derecho penal, derecho laboral, derecho del desarrollo, derecho internacional mercantil o comercial, derecho de los tratados, derecho del mar, derecho internacional humanitario, teoría general de los derechos humanos o derecho internacional de los derechos humanos donde hay una rama especializada denominada derecho internacional de los pueblos indígenas, derecho internacional fiscal, derecho internacional del medio ambiente, derecho internacional aeronáutico, derecho internacional nuclear, derecho espacial o cósmico, derecho de la integración o comunitario. Ver Valencia Restrepo, H., Derecho Internacional Público, 3ª. edición, Comlibros, Bogotá, 2008, p. 793.
10. Hoy en día el derecho internacional de las inversiones se caracteriza por la presencia de un sistema multifacético de reglas que, a su vez, constituye una fuente de complejidad, inconsistencia y desequilibrio. Los desafíos consisten, entonces, en aumentar la transparencia, la coherencia y la certeza legal. Por ello, el escenario actual de este derecho se encuentra dominado por la presencia de varias disposiciones o cláusulas contenidas en instrumentos internacionales bilaterales, regionales, plurilaterales o multilaterales que versan sobre diversos aspectos relacionados con la inversión. Ver Sauvant, K., Appeals Mechanism in International Investment Disputes, Oxford University Press, New York, 2008, p. 18.
11. Orellana, M., "Fragmentación y acumulación de regímenes internacionales: los derechos indígenas v/s privilegios de los inversionistas", en Aylwin, J. editor, 1ª. ed., *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno,* Instituto de Estudios indígenas/universidad de la Frontera, Temuco, 2004, p. 44.

Este tema es crucial, pues no necesariamente los sujetos de derechos reconocidos en el plano interno, en especial en el constitucionalismo plurinacional, se proyectan de la misma forma y con la misma fuerza en la esfera internacional donde la defensa de sus derechos es todavía relativa y débil.

Esta situación grave genera indefectiblemente diversos conflictos relacionados con las inversiones, los mecanismos de solución de controversias o la aplicación normativa.

Al respecto, uno de los problemas más acuciantes es precisamente la relación, no siempre clara, entre el derecho de inversiones y el derecho internacional de los Derechos Humanos, pues se trata de un vínculo muy complejo y hasta controversial[12], donde se muestran dos tendencias claramente determinadas[13], más allá de los avances constitucionales de cartas constitucionales como la ecuatoriana donde no solo se han incorporado los Derechos Humanos sino que se ha dotado de subjetividad y acciones propias a los pueblos indígenas[14].

Por otro lado, la fragmentación del Derecho Internacional enfrenta un nuevo debate en el sentido que esta realidad no impide que los órganos especializados de derecho internacional, e incluso sus normas, puedan interactuar sin generar necesariamente conflictos[15], es decir, se enfrentan dos tesis con argumentos

12. Terán, D., Human Rights and Investment Law. The role of human rights in investment arbitration, Universidad de Chile/Universidad de Heidelberg, Tesis de LL.M. int. International Investment Law, Investments, Trade and Arbitration, Santiago, 2011, p. 6.
13. Hay una tendencia positiva y optimista liderada por James Fry que considera que la protección a las inversiones y los derechos humanos son conceptos que se apoyan entre sí y por ello pueden coexistir en plena armonía. Por otro lado, existe una tesis negativa y pesimista, pues algunos autores han argumentado que el arbitraje de inversiones imprime un impacto desfavorable en los derechos humanos y conduce a un conflicto entre estos dos sistemas de derecho internacional. Ver Fry, J., "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law,* Vol. 18:77, 2007.
14. Se habla de derecho constitucional de los derechos humanos a la incorporación de los principios universales de derechos humanos en las cartas latinoamericanas. Por eso Fix-Zamudio indica que los derechos que integran lo que se podría denominar derecho constitucional de los derechos humanos, se han enriquecido con los establecidos en los instrumentos internacionales ratificados por los gobiernos latinoamericanos, y que constituyen el derecho internacional de los derechos humanos, estos últimos considerados como de naturaleza progresiva. Ver Fix-Zamudio, H, *Los Derechos Humanos y su protección internacional*, UNAM/GRIJLEY, Chiclayo, 2009, p. 15.
15. Terán, D., Human Rights and Investment Law. The role of human rights in investment arbitration, p. 60.

encontrados: los universalistas que defienden la unidad del derecho internacional y los particularistas que convergen en la fragmentación del derecho internacional.

En cuanto a la fragmentación, siguiendo a Fry, se subdivide en cuatro grupos: El primero advierte a la especialización creciente de la sociedad y el derecho como causa fundamental de la fragmentación que es asumida, de forma intrínseca, en el sistema contemporáneo. El segundo se basa en el aumento del número de actores dentro del ámbito internacional, aquí la fragmentación es generada por el hecho que todos presentan una visión u opinión jurídica distinta. El tercer grupo considera que el sistema legal internacional es fragmentado a causa de diversos factores como la proliferación de regulaciones internacionales, la mayor fragmentación política, la regionalización del derecho internacional, los nuevos sujetos de derecho internacional como las personas, y la especialización de las regulaciones internacionales. Por último, el cuarto grupo considera que la globalización y la pérdida de cierto poder local son causas fundamentales de la fragmentación[16].

No obstante, al parecer la visión universalista es la más convincente, pues la fragmentación ignora el hecho que las cortes y los tribunales internacionales han empezado a confiar o depender espontáneamente de las normas y la jurisprudencia de otros regímenes especializados[17], aunque también se advierte que los

16. Faruque, A., "Mapping the Relationship between Investment Protection and Human Rights", *The Journal of Investments & Trade,* Vol. 11, No. 4, August 2010, pp. 138-40.
17. Siguiendo a Fry hay tres razones específicas: En primer lugar, los tribunales y cortes internacionales se muestran flexibles en la redacción de sus resoluciones y, para ello, pueden considerar dentro de sus propios casos, las decisiones de otros foros para interpretar y aplicar los tratados relevantes, así de este modo, los árbitros no deciden simplemente según el convenio o en base de un vacío legal. Particularmente en el caso del régimen internacional de inversiones y el sistema de derechos humanos, hay algunos casos en arbitraje de inversiones en los cuales los tribunales han confiado en la jurisprudencia de derechos humanos para formular decisiones claves. Al respecto, uno de los casos más interesantes es Glamis Gold contra Estados Unidos de América donde la nacionalidad indígena Quechan remitió un *amicus curiae* argumentando que las disposiciones del NAFTA deberían ser interpretadas de una forma concordante con las obligaciones internacionales de los tratados y el derecho consuetudinario que se orienten a proteger la tierra y los recursos de los pueblos indígenas. El tribunal arbitral desechó en su totalidad la pretensión de Glamis Gold y ordenó que la empresa pagara las dos terceras partes de los costos arbitrales. La segunda razón es la unidad inherente del sistema legal internacional, dado que bajo el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia los principios generales del derecho

operadores jurídicos que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados de inversiones usualmente no consideran, cuando deben decidir, las normas de otras ramas del derecho internacional.

5. La interpretación de los instrumentos internacionales: Un todo integral o una fragmentación contextual

Conforme se defienda el universalismo o el particularismo del Derecho Internacional, un grave problema que se debe abordar es la doble vara o doble rasero del estado, pues mientras por un lado reconoce ciertos derechos a sus ciudadanos como aquellos denominados colectivos, por otro lado, concluye acuerdos que los conculcan o, al menos, no los toman ni siquiera en cuenta para la negociación y ratificación de los instrumentos bilaterales o multilaterales que posteriormente deberán ser aplicadas por los tribunales arbitrales, dando como resultado el no respeto a esos derechos constitucionalmente reconocidos gracias a un manejo de instrumentos internacionales especializados que ignoran los Derechos Humanos.

Es por esto que las cláusulas de los tratados internacionales no pueden ser interpretadas arbitrariamente o en el vacío, ya que pertenecen al mismo ordenamiento jurídico internacional que debería ser considerado como un todo coherente e integral[18].

Por esta razón, algunas universidades como la *London School of Economics & Political Science* han gestado proyectos que buscan

son considerados como fuente del derecho internacional. Por consiguiente, todos los sistemas legales tienen elementos comunes tales como *pacta sunt servanda*, *bona fides*, juicio justo, y *nemo judex in re sua*. En consecuencia, todos los regímenes especializados parecen estar rodeados por un derecho internacional general. Por último, la existencia de superposiciones significativas entre diferentes órganos jurídicos resulta innegable.

18. Dupuy, P., Petersmann, E., and Francioni, F., "Human Rights in International Investment Law and Arbitration". *Oxford: Oxford University Press, 2009. Oxford Scholarship Online.Oxford University Press.* Disponible en [http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199578184.001.0001], (Página visitada el 1 de julio de 2014).

urgentemente construir una conciencia mundial sobre la forma como las inversiones internacionales se procesan y como guardan relación con los impactos positivos y negativos que causan sobre los derechos humanos[19].

En la realidad actual, empero, recientes cambios en la política global y en el entorno económico, incluyendo una serie de crisis en las finanzas, en la seguridad alimentaria y en el medio ambiente, han conducido hacia una nueva generación de políticas de inversión extranjera que colocan al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible o sustentable en el corazón de los esfuerzos para atraer y beneficiarse de la inversión.

En el plano internacional y con más de 3200 acuerdos de inversión extranjera[20], los desafíos para las políticas urgentes incluyen cuatro aspectos: a) Robustecimiento de la dimensión de desarrollo del régimen de políticas de inversión, b) Aseguramiento de espacios adecuados para las políticas a favor de los estados receptores de la inversión (*host countries*) mediante un equilibrio de intereses públicos y privados, c) Manejo de las serias deficiencias del sistema actual de resolución de conflictos inversionista-Estado, y d) Solución de aquellos aspectos que nacen de la complejidad creciente del régimen de políticas de inversión internacional[21].

19. La idea es además crear espacios constructivos para el aprendizaje, la investigación, el debate y el intercambio de herramientas prácticas en las áreas de inversión y derechos humanos con la formación e intervención de la sociedad civil, representantes gubernamentales, profesionales y grupos relevantes. El proyecto es una iniciativa del "laboratorio para la investigación avanzada sobre economía global" y es ejecutado por el centro de estudio de los derechos humanos de la London School y se denomina proyecto de derechos humanos e inversión (The Investment & Human Rights Project). En abril de 2014 se presentó el centro o *hub* de aprendizaje de derechos humanos y derecho de inversiones que es un espacio virtual creado para construir una opinión sobre la inversión, los derechos humanos y su conexión. Este centro explora las implicaciones que estas conexiones tienen para el trabajo de los gobiernos, de los profesionales, inversionistas y miembros de la sociedad civil en el aseguramiento de la protección y respeto de los derechos humanos. Ver [http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/], (Consulta realizada el 1 de julio de 2014).
20. International investment agreements (IIAs). Ver United Nations Conference On Trade and Development UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, New York/Geneva, 2014.
21. Estos desafíos podrían ser resueltos mediante esfuerzos coordinados. Para ello, la última experiencia de la UNCTAD expresada en su "Invesment Policy Framework for sustainable development" (Marco de políticas de inversión para el desarrollo sostenible) puede servir como base para futuras construcciones de consenso sobre las políticas de inversión extranjera. Ver Towards a new generation of international investment policies: UNCTAD´s fresh approach to multilateral investment policy-making.

En esta misma línea, ha existido también un involucramiento del sector privado o empresarial en el quehacer público frente a la sociedad, y en especial frente a los Derechos Humanos, para posteriormente enfocarse en una revisión del régimen de responsabilidad internacional por violaciones a los Derechos Humanos[22]. La idea ha sido coordinar o generar vasos comunicantes que consideren la diferencia determinante que existe, pues mientras los Derechos Humanos se basan esencialmente en la dignidad de la personas, el Derecho Internacional de las Inversiones se fundamenta en la protección de la inversión, y específicamente de los intereses del inversionista[23].

A más del denominado Pacto Global de las Naciones Unidas existen iniciativas privadas como la *Global Business Iniciative on Human Rights* (GBI) que fue presentada en el año 2009 con el objetivo de promover y defender los Derechos Humanos en el contexto empresarial mundial[24]. Es decir, la inclusión de la defensa de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas ya no es solamente un deber de los estados sino que paulatinamente se ha transformado en una obligación voluntaria de las empresas, más todavía cuando en el mundo existe la tendencia de la constitucionalización del derecho privado y el surgimiento, como ya se advirtió, de muchos sujetos internacionales del derecho que van más allá de los tradicionales estados, donde las personas y pueblos y nacionalidades indígenas no son solamente titulares de los derechos garantizados en las constituciones sino que pueden reclamar el cumplimiento de los instrumentos internacionales tanto a los estados como a las empresas extractivistas.

Updated in light of the world investment report 2013, IIA issues note, No. 5, july 2013. Disponible en [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d6_en.pdf], (Consulta realizada el 1 de julio de 2014).

22. Tangarife-Pedraza, M., "De la responsabilidad de la empresa y los derechos humanos", Revista colombiana de derecho internacional, Edición especial, No.12, 2008, p. 145.
23. Olarte Bácares, D., El Derecho internacional de las inversiones en América Latina: El reencuentro con los derechos humanos, disponible en [http://lasil-sladi.org/files/live/sites/lasil-sladi/files/shared/El%20derecho%20internacional%20de%20las%20inversiones%20en%20Am%C3%A9rica%20latina%20su%20reencuentro%20con%20los%20derechos%20humanos.pdf], (Visita realizada el 1 de julio de 2014).
24. The Global Business Initiative on Human Rights (GBI) exists to advance human rights in a business context around the world. The underlying vision is a global community of corporations from all sectors knowing and showing that they respect the dignity and rights of the people they impact and interact with. From a business perspective this supports an enhanced approach to global leadership and risk management, and can provide access to markets, customers and capital. GBI is led by a core group of 18 major corporations headquartered in Asia, Europe, Latin America, Middle East, North Africa and North America. The GBI work plan is organised into two parallel tracks: First, Member Peer Learning creates a safe space for the 18 GBI companies to share practices, challenges and innovations with peers focused on respecting human rights in practice and implementation of the UN Guiding Principles for Business and Human Rights. Second, Global Business Outreach focuses on awareness-raising and capacity building for business in diverse regions of the world, particularly in emerging and developing markets. Ver [http://www.global-business-initiative.org/], (página visitada el 1 de julio de 2014).

En otras palabras, se advierte que existe una influencia del nuevo modelo de derecho constitucional que busca ya no solamente controlar el poder desmedido del estado sino que ahora se proyecta al control de todo poder, inclusive privado, que pueda causar menoscabo a los Derechos Humanos e incluso generar indefensión. En este sentido, vale la pena citar al jurista italiano Luigi Ferrajoli[25], quien al teorizar sobre el nuevo esquema constitucional surgido en las constituciones de postguerra, ha denominado constitucionalismo privado al proceso de constitucionalización del derecho privado. El autor inicia un largo desarrollo de los derechos fundamentales y su relación con el poder público y los poderes privados para llegar a una conclusión: la necesidad de constitucionalizar el derecho privado con el fin de precautelar derechos fundamentales de los individuos y colectivos en las relaciones de poder que allí se dan.

A su vez, la misma tendencia se advierte surgir en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones donde se reclama un reequilibrio del régimen de inversiones similar a la constitucionalización que parece tomar cuerpo en el campo del derecho privado, tal es el caso de los códigos societarios[26].

En definitiva, cuando se habla de constitucionalización se refiere a una suerte de irradiación de valores y principios que contenidos en la Carta Magna se mueven hacia diversos ámbitos del derecho, llegando incluso a invadir el derecho privado y el mismo

25. Ferrajoli, L., *La ´democracia civil´. Para un constitucionalismo de derecho privado. Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia: Parte VI,* Trotta, Madrid, 2011. pp. 218-249.
26. Muir Watt, H., The contested legitimacy of investment arbitration and human rights ordeal, Sciences Po Paris, Law School, 2014, pp. 19 y 20. Disponible en: [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/97/29/76/PDF/hmw-investment-arbitration-and-human-rights.pdf], (Página visitada el 2 de julio de 2014).

derecho internacional donde empiezan a aparecer conceptos clave que deben ser respetados tanto por los estados como por las empresas.

En este contexto, vamos a analizar si el arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo eficiente que debe necesariamente defender los derechos de los pueblos indígenas, en especial, cuando se relacionan con la vulneración de sus derechos territoriales así como con los daños producidos por la industria extractiva o sencillamente este particular constituye un tema de justicia local o es exclusivo de los sistemas de defensa de Derechos Humanos.

6. Cortes locales y arbitraje

A menudo y de forma explícita los acuerdos de inversión extranjera incluyen a los jueces locales como una de las opciones para resolver los conflictos o controversias que puedan surgir entre los inversionistas y los estados (investor-state), incluso si en los acuerdos se guardara silencio, los jueces locales normalmente serían competentes para resolver estas disputas, aunque el reclamo del inversionista debería estar basado en el derecho local más que en la presunta violación de un acuerdo de inversión extranjera.

Por otro lado, algunos inversionistas bien podrían mirar a los procedimientos judiciales seguidos en los estados receptores de la inversión como indeseables o inútiles. Por ello, frecuentemente los acuerdos de inversión extranjera intentan mantener el equilibrio entre estos intereses incompatibles.

En todo caso, en muchos AIE[27] se condicionaba el derecho del inversor para acceder al arbitraje internacional previo el agotamiento[28] de ciertos requisitos relacionados con la justicia local

27. Un ejemplo se puede advertir en el artículo 10 del TBI suscrito entre Argentina y Alemania.

o doméstica, tales como: recursos vinculantes en la jurisdicción nacional dentro del *host state*, cláusulas disyuntivas, de elección de vías o de bifurcación de vías "*fork in the road*" y cláusulas de renuncia o no retorno "*no-U-turn*" o "*waiver clauses*"[29].

Es decir, existen dos realidades que pueden denominarse complementarias, pues el inversor tiene en los países de recepción de la inversión, dependiendo del AIE, tanto la posibilidad de agotar todas las vías internas, judiciales y administrativas, antes de proceder con su reclamo en el nivel internacional como también tiene la opción de prevenir la duplicación de sus reclamos gracias a las cláusulas disyuntivas y de renuncia. Las primeras permiten que desde el inicio los inversionistas puedan escoger entre las cortes locales y el arbitraje internacional, pero una vez que se ha iniciado un procedimiento local se pierde el derecho de recurrir al arbitraje y viceversa. Las cláusulas de renuncia, en cambio, permiten a los inversores que opten por el arbitraje internacional después de haber incoado un reclamo ante jueces nacionales, empero, si bajo las cláusulas de arreglo de diferencias inversor estado contenidas en un AIE, el inversionista decide remitir dicho reclamo a arbitraje internacional, entonces, debe renunciar a su derecho de perseguir recursos locales.

En definitiva, nos hallamos ante una multiplicidad de foros potencialmente competentes para conocer una determinada divergencia relacionada con inversiones y debe precisarse que tienen su origen tanto en la legislación interna como en los tratados y estipulaciones contractuales[30].

28. Este requisito de agotamiento de recursos internos ha sido prácticamente eliminado de las disposiciones sobre solución de controversias en las Tratados bilaterales de inversión (TBI´s). No es necesario el agotamiento de los recursos internos salvo estipulación en contrario, empero, conforme la segunda parte del artículo 26 del Convenio CIADI dispone que "un estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este convenio". Ver Galindo, A., Iuris Dictio, "El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en materia de inversiones", Año VII, No. 11, octubre 2007, p. 44.
29. United Nations Conference On Trade and Development UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II,* pp. 79 a 90.
30. En lo estrictamente jurídico, tres factores contribuyen a la distinción entre acciones basadas en un tratado y acciones basadas en un contrato, a saber: a) Fuente de la acción donde la violación de un derecho consagrado en un tratado genera la responsabilidad internacional del estado receptor, mientras que un incumplimiento contractual origina la responsabilidad del estado receptor de acuerdo con su propia

El problema estriba en la aplicación de las normas de Derechos Humanos como aquellas que defienden el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, en especial cuando los estados han autorizado concesiones petroleras o mineras sin observar sus derechos así como cuando las empresas han suscrito contratos con conocimiento de causa de esta realidad adversa al derecho.

En el caso ecuatoriano, estos AIE no han considerado la realidad constitucional donde los pueblos indígenas han sido sujetos de derechos colectivos desde 1998 y por ello se ha generado un desequilibrio entre la letra o contenido constitucional y su proyección en el terreno internacional. A mi juicio además esta realidad se ha complicado aún más gracias a la debilidad judicial local que no ha sido capaz de defender los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en temas controversiales como el caso de la declaratoria de interés nacional para la explotación del parque Yasuní, aspecto que ha hecho que ciertas leyes y contratos puedan aprobarse y suscribirse respectivamente sin la intervención de los pueblos indígenas afectando así sus derechos y exponiéndoles a arbitrajes internacionales donde a más de la escasa importancia dada al tema de sus Derechos Humanos, han sido ignorados ya que estos contenciosos consideran únicamente a los estados y a los inversionistas.

7. Arbitraje Comercial internacional

El arbitraje internacional se establece para solventar controversias derivadas de relaciones económicas internacionales[31] y es usado para marcar la diferencia entre los arbitrajes que son pu-

legislación, b) Contenido del derecho subjetivo, pues un derecho ya reconocido por el tratado puede ser posteriormente incluido y ampliado o delimitado en un contrato de inversión, y c) Derecho aplicable así el régimen jurídico aplicable a una acción basada en un tratado incluye las disposiciones de los AIE, la legislación interna del estado receptor y el derecho internacional general, en cambio, los contratos de inversión están regidos exclusivamente por el sistema legal del estado receptor, particularmente por las disposiciones que regulan los contratos administrativos. Ver Morales Vela, D., "Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas paraguas", Iuris Dictio, Año VII, No. 11, octubre 2007, pp. 51 y 52.

31. Chillón Medina, J., y Merino Merchán, J., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1991, p. 384.

Meythaler & Zambrano Abogados

UNA FIRMA DE TRAYECTORÍA.

Meythaler & Zambrano Abogados, originalmente Larreategui Mendieta, Abogados, fue fundado en 1948 y actualmente es considerado como uno de los más reconocidos y prestigiosos estudios jurídicos en el Ecuador.

En beneficio de sus clientes, el interés especial de nuestra Firma es el fortalecimiento de todas sus áreas de servicios legales para el manejo empresarial; representación de firmas extranjeras; asesoría en temas mercantiles, civiles, penales, mediación, empresariales, tributarios, competencia, inmobiliario, migratorios, laborales y ventas públicas; así como asesoría a compañías petroleras, mineras y agroquímicas

El Estudio Jurídico está integrado por un grupo de asesores que incluye a brillantes graduados de las mejores Universidades, prestigiosos profesionales que han desempeñado altas funciones jurídicas y académicas. La proyección nacional e internacional de la Firma permite a sus miembros participar activamente de Cámaras Binacionales, de Comercio y de Producción establecidas en el País; en grupos de trabajo de la Comunidad Andina de Naciones, así como también en Asociaciones Internacionales de alto prestigio.

Toda empresa que aspire su consolidación y mejor funcionamiento, debe contar con un enfoque legal oportuno y eficaz. Tales características son propias del servicio que brinda Meythaler & Zambrano Abogados, conforme lo acreditado nuestros Clientes, y lo han ratificado revistas jurídicas especializadas, así como el reconocimiento por parte de IFLR The Guide the World's Leading Financial Law Firm, Managing Intellectual Property World IP Survey, el reconocimiento como BIZZ Awards 2014 al abogado del año al Dr. Meythaler y finalmente la acreditación por parte de la organización Chambers.

Nuestras oficinas principales están ubicadas en Quito y Guayaquil y cuentan con Abogados asociados en las principales ciudades del País y también con una red de apoyo profesional en países de América, Europa y Asia.

Quito
Av. 6 de Diciembre 2816 y Paúl Rivet
Edif. Josueth González, 10mo piso
Telf. Nº1 +593 2 223 2720
Telf. Nº2 +593 2 256 8613

Guayaquil
Parque Empresarial Colón
No. 2 Piso 3, Oficina 308
Telf. Nº1 +593 4 439 01953
Telf. Nº2 +593 4 439 01954

Meythaler & Zambrano Abogados

www.lmzabogados.com

Excesos

ramente nacionales o domésticos de aquellos que de alguna manera trascienden los límites nacionales y se convierten en internacionales o transnacionales[32].

En este sentido y más allá del hecho cierto que en la actualidad mundial existe una tendencia marcada para pactar convenios arbitrales, no hacer huelga la diferencia entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje internacional de inversiones, pues a más de ser de diferente naturaleza presentan actores distintos en su escenario procesal. En concreto, el arbitraje comercial internacional es aquel que se concentra en la resolución de conflictos que guardan relación con contratos comerciales. La importancia de determinar el carácter comercial de una disputa radica que en algunas legislaciones el arbitraje internacional está limitado a disputas comerciales, lo que se entiende como la "reserva comercial"[33].

Al respecto, diversas legislaciones establecieron ciertas condiciones o criterios que sirven precisamente para determinar y conocer cuando existe un arbitraje internacional y para ello se ha recibido la influencia directa de la Ley Modelo[34] de la CNUDMI de 1985 sobre arbitraje comercial internacional[35].

Así, *verbi gratia,* en las legislaciones de España[36] y Ecuador[37] se ofrecen varias alternativas que determinan la calificación de un arbitraje como internacional y entre estos criterios, condiciones

32. Redfern, A., y Hunter, M., *Law and Practice of International Commercial arbitration*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 12.
33. Fierro Valle, E., Conflicto objetivo de intereses en el arbitraje internacional: El fenómeno del "*double-hatting*", Tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Quito, 2013, p. 52.
34. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985, cuenta con enmiendas adoptadas en 2006 y está formulada para ayudar a los estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Ver: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html], (Página visitada el 10 de julio de 2014).
35. Esplugues Mota, C., "Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa", en Barona Vilar, S. Directora, *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI,* Thomson/Civitas, Pamplona, 2007, p. 179.
36. Artículo 3 de la Ley de Arbitraje.
37. Artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

o requisitos se encuentran tres niveles: espacial, territorial y económico.

Por ello, en el contexto de un arbitraje comercial internacional se podría concluir que hay dos criterios relevantes que se usan indistintamente para calificarlo como tal: a) la naturaleza de la disputa, en especial, si involucra la defensa de intereses dentro del comercio internacional, y b) la situación de las partes, sobre todo, su nacionalidad o el lugar habitual de su residencia y en el caso de empresas el lugar de su administración y control[38].

Como se sabe el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias[39] y más que alternativo es adecuado, ya por su autonomía, ya porque se lo debe utilizar como una herramienta especializada para ciertos casos, es decir, se debe analizar, caso por caso, para advertir si el arbitraje es o no conveniente para resolver los conflictos en juego.

El arbitraje, en clara oposición al proceso judicial, es un modo privado de solucionar los litigios[40]. Es decir, es privado porque nace de la autonomía de las partes, ya que pactan en un convenio arbitral la decisión de someterse a arbitraje para resolver sus diferencias y además porque se excluye a la justicia ordinaria de intervenir en estos casos.

En este sentido, el arbitraje internacional es un mecanismo extrajudicial y alternativo de resolución de conflictos contractuales, pactado por las partes, en el que está presente al menos un elemento que rebasa las fronteras de un país, que consiste en la definición de la controversia por parte de uno o varios árbitros que profieren un laudo[41].

38. Redfern, A., y Hunter, M., *Law and Practice of International Commercial arbitration*, p. 14.
39. Salcedo Verduga, E., *El Arbitraje. La Justicia alternativa,* segunda edición actualizada, Distrilib, Guayaquil, 2007, p. 15.
40. Lalive, P., "L'arbitrage international", en Répertoire de droit international privé, 1º 82, Suisse, p. 241.
41. Botero Sanclemente, A., y Correa Henao, N., *Arbitramento Internacional*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2002, p. 13.

Además su uso tiene varias ventajas que lo hacen atractivo, así permite que las partes encuentren protagonismo para participar en la selección del tribunal arbitral que estará conformado por expertos en disciplinas relevantes, luego el hecho que las disputas se desarrollen en territorio neutral y no en las sedes judiciales de una u otra parte le otorgan mayor confiabilidad, a lo que habría que sumar su flexibilidad procesal, pues puede adaptarse al contexto casuístico[42] y a normas deslocalizadas o a-nacionales[43].

Sin embargo, la internacionalización y la globalización de la economía que han llevado a los diferentes agentes comerciales a buscar métodos alternativos de resolución de controversias que respondan a la necesidad de otorgarles seguridad jurídica y rapidez a las transacciones[44] encuentran un mundo más complejo cuando se trata de incluir a las inversiones extranjeras, a los estados y a los Derechos Humanos bajo un mismo parasol que se ha denominado Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras[45].

8. Arbitraje Internacional de Inversiones

Como ya se advirtió *ut supra*, actualmente los países no pueden subsistir solamente de lo que producen nacionalmente, ni pueden llevar a cabo todos sus proyectos de desarrollo por su cuenta y riesgo. En este sesgo, es la apertura a los mercados de inversión extranjera y la liberalización de la economía mundial aquello que ha permitido la maximización del progreso en muchas naciones, realidad que no es ajena en Latinoamérica.

Pero esta apertura de la inversión entre estados y empresas o inversores se ha enfocado en la necesidad de proveer un adecuado mecanismo de protección de las inversiones de los parti-

42. Redfern, A., y Hunter, M., *Law and Practice of International Commercial arbitration*, p. 23.
43. González de Cossío, F., *Arbitraje, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 75.*
44. Cremades, B., y Madalena, I., "Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional", Revista Internacional de Arbitraje, No. 8, 2008, p. 13.
45. González de Cossío, F., *Arbitraje,* p. 898.

culares en terceros países, aspecto que ha guardado silencio frente a los riesgos de violación de Derechos Humanos de los pueblos indígenas. Esta afirmación que parece casi una obviedad, adquiere mayor importancia si se consideran las actuales circunstancias y el panorama político desatado en ciertos países, especialmente de América Latina, donde el nivel de protección y de seguridad que se ofrece al inversionista y a los mismos pueblos indígenas han generado múltiples problemas como la politización de los conflictos, costo elevado de los arbitrajes de inversiones, dificultades de los estados para litigar ante árbitros que no conocen la cultura del estado receptor y a veces ni el idioma, etc.

En este contexto, es factible definir dos conceptos entrelazados entre sí: la existencia de un derecho internacional de inversiones que tiene como una de sus herramientas de protección al arbitraje internacional de inversiones.

Si bien no existe un reconocimiento unánime sobre lo que debe entenderse por inversión extranjera[46], se puede colegir que es el concepto medular que imprime identidad al derecho internacional de inversiones y resulta crucial a los efectos de determinar si las partes han consentido al arbitraje y si el tribunal arbitral es competente en las diferencias entre inversores y estados[47].

El derecho internacional de las inversiones extranjeras es uno de los temas más candentes del derecho internacional y ha generado mucha controversia[48], probablemente por ser bastante complejo debido a que involucra áreas de potencial conflicto político en el ámbito internacional, como la tensión creada a raíz de la intención de muchos países en desarrollo de retomar el control de los recursos naturales que habían perdido durante los procesos de conquista y colonización[49].

46. Morales Vela, D., "Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas paraguas", p. 48.
47. Rigo Sureda, A., "La noción de inversión protegida", en Mantilla Serrano, F. Coordinador, *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales*, Legis/Comité colombiano de arbitraje, Bogotá, 2007, p. 3.
48. González de Cossío, F., *Arbitraje,* p. 898.

Uno de sus aspectos más sensibles es justamente la relación que mantiene con los Derechos Humanos, pues en principio hay una influencia directa en la defensa de los inversionistas, ya que protege el derecho humano de propiedad[50], pero también se observa un desentendimiento de ciertos actores que, directa o indirectamente, por ejemplo, sufren por la actividad extractiva de las empresas que han contratado con un estado en base a acuerdos de comercio o instrumentos internacionales.

En definitiva, este derecho[51] surgió ante la necesidad de contar con principios propios que garanticen y promuevan las actividades de los inversionistas extranjeros, ya que el derecho internacional consuetudinario no les brindaba seguridad, empero, floreció de forma fragmentada o aislada del resto de ramas del derecho internacional y ahora se encuentra formado básicamente por una inmensa "red" de tratados de promoción y protección de inversiones[52] que toma mucho de la llamada *lex mercatoria*[53].

49. Morales Vela, D., "Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas paraguas", p. 49.
50. Cabe ensayar una breve diferencia entre los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales, pues los derechos humanos reconocidos en la Constitución se denominan derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son aquellos derechos que el poder constituyente, máxima expresión jurídica de la soberanía popular, ha considerado los más importantes, los seleccionados para gozar del mayor nivel de garantía. Ver Escobar, G., *Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos*, Centro de iniciativas de cooperación al desarrollo Universidad de Alcalá, Madrid, 2005, p. 27. En definitiva la expresión derechos fundamentales hace referencia a una categoría de los derechos humanos, a los cuales simplemente se considera más importantes que otros de naturaleza meramente accesoria, o derechos que tienen un carácter intangible, en cuanto no se pueden suspender bajo ninguna circunstancia. Ver Faúndez Ledesma, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, p. 4.
51. "There is no doubt, however, that the current state of the law is characterized by the fact that the international law of foreign investment has become a specialized area of the legal profession and that special courses are offered on the subject matter in universities worldwide. The common usage and parlance in the terminology of international law has always been to single out and to designate distinct fields, such as the "laws of war" or the "law of the sea", whenever the body of rules in any one of such areas has become extensive and dense enough to justify special attention and study. Foreign investment law consists of layers of general international law, of general standards of international economic law, and of distinct rules peculiar to its domain. The study of the field must take into account and turn to all of these three levels of the law". Ver Dolzer, R., y Schreuer, C., *Principles of International Investment Law,* Oxford University Press*,* Oxford/ New York, 2008, pp. 2-3.
52. Fernández Masiá, E., "Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras", Revista Internacional de Arbitraje, No. 7, 2007, p. 14.

Por último, los defensores del derecho internacional de las inversiones indican que tenderá a crearse y a recrearse en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales que se constituyan bajo el sistema CIADI o bajo las reglas UNCITRAL. Además formulan una advertencia muy interesante, pues explican que las culturas jurídicas que se comunican a través del arbitraje deben estar atentas a los brotes de incultura jurídica y de aculturación que no han tardado en aparecer para demeritar[54] al arbitraje internacional de inversiones y para ensimismar a los regímenes legales en un aislamiento injustificado en un mundo cada vez más interrelacionado[55]. Es decir, se observa que este derecho ha provocado una lucha dogmática, pues por un lado se habla de una rama unificadora que considera a los diversos sistemas jurídicos en torno a la defensa de la inversión, pero por otro lado, no se puede omitir la existencia de ordenamientos jurídicos locales o la misma defensa de derechos como los Derechos Humanos que son transversales a las distintas familias jurídicas y que además se incorporan en los litigios internacionales sobre inversión cuando existen actores como los pueblos indígenas que pueden ser afectados directa o indirectamente.

Como se advierte, esta nueva rama jurídica necesita mecanismos para resolver los distintos conflictos que surgen en su seno, en especial aquellos que provienen de las reclamaciones de un inversor frente al estado receptor a causa de perjuicios sufridos por la inversión. En este sentido, las partes inmiscuidas (estado receptor e inversionista) bien pueden adoptar distintos

53. El derecho internacional de las inversiones es el producto de una confluencia de tradiciones jurídicas expresadas en estándares de protección a la inversión extranjera como son la no discriminación, el trato justo y equitativo, la no confiscación, la cláusula de la nación más favorecida, el trato nacional, todos ellos orientados a precautelar el derecho natural a la seguridad jurídica, el principio universal de buena fe y el derecho humano fundamental a la propiedad. Estos estándares nacidos de la costumbre y de prácticas inveteradas han sido recogidos en tratados de protección de inversiones y en capítulos específicos de los denominados tratados de libre comercio. Ver Neira Orellana, E., "Cultura jurídica y protección de inversiones extranjeras", Revista ecuatoriana de Arbitraje, 2009, p. 169.
54. Eberhardt, P., y Olivet, C., *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*, traducción de Beatriz Martínez, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, Bruselas/Amsterdam, 2012. Disponible en [http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf], (Página visitada el 8 de julio de 2014).
55. Neira Orellana, E., "Cultura jurídica y protección de inversiones extranjeras", p. 170.

mecanismos de resolución de conflictos: procedimientos ante los tribunales nacionales internos del estado, conciliación, mediación, arbitraje o protección diplomática que puede transformarse en una controversia interestatal que enfrente al estado receptor de la inversión y al estado de procedencia del inversor[56].

Si las partes escogen el arbitraje para zanjar las diferencias descritas *ut supra*, entonces, se suele hablar de arbitraje de inversiones[57], aunque éste puede también recibir otras denominaciones como arbitraje inversor-estado, arbitraje mixto[58], arbitraje transnacional unilateral o arbitraje sin vínculo contractual[59].

Así las cosas se puede colegir que la voluntad de someterse a arbitraje de inversiones puede surgir no solamente de un contrato, sino que proviene con más fuerza de un AEI, de un TBI o de la ratificación de un instrumento internacional como el Convenio CIADI por parte del estado receptor y el estado del inversor[60].

Es decir, un estado se encuentra obligado a someterse a un proceso arbitral como consecuencia de su propia voluntad soberana, toda vez que ha consentido someter futuras disputas en una sede arbitral. En concreto, la fuente de todo arbitraje es su voluntad expresada en las fuentes ya descritas, esto es, en las cláusulas de un tratado de inversión, en convenios individuales celebrados directamente con los inversores o en las mismas leyes nacionales[61].

56. Zambrana Tévar, N., *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Aranzadi Thomson Reuters, The global law collection, Navarra, 2010, p. 25.
57. El arbitraje de inversiones conoce aquellos conflictos surgidos entre sujetos de derecho privado –inversionistas– y estados investidos de potestad soberana y es la expresión de una determinada cultura jurídica porque refleja el ideal de justicia en la protección del derecho humano de propiedad, del principio dela seguridad jurídica y de la buena fe en las decisiones que adopta el poder público con relación a una inversión extranjera. Adicionalmente, plantea un encuentro entre culturas jurídicas diversas. Ver Neira Orellana, E., "Cultura jurídica y protección de inversiones extranjeras", pp. 151 y 152.
58. El arbitraje es mixto cuando se presenta entre estados soberanos, por un lado, y entes privados/particulares, por el otro. Es aquí donde se ubica el arbitraje del CIADI. Ver González de Cossío, F., *Arbitraje,* p. 916.
59. Zambrana Tévar, N., *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, p. 26.
60. Las denominadas cláusulas paraguas muestran esta realidad.

Sin embargo, un problema que ha permanecido en muy bajo perfil ha sido la interacción, relación, interferencia o colisión entre este derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los Derechos Humanos[62], donde la defensa de los derechos de los pueblos indígenas no puede ser ocultada, en especial el derecho a la auto determinación que forma parte de las normas de *Ius Cogens* así como sus derechos colectivos territoriales[63].

Sobre esta relación nada pacífica, el jurista Eduardo SILVA ROMERO[64], cita una frase fulminante de Philippe KAHN, donde manifiesta la reciente o poca preocupación por esta realidad: "*On constate que le problème est abordé avec une discrétion qui frise le silence*" y no sorprende ya que se vive en un mundo en el cual los intereses económicos y comerciales tienden a prevalecer sobre los derechos que no entran en esta realidad o tienen otras preferencias o valores.

El problema medular es que el mismo artículo 17 de la Declaración Universal de los derechos del hombre[65] colisiona con otros derechos que tanto el estado como las mismas empresas in-

61. En la actualidad el modelo CIADI es el que más arbitrajes de inversión administra, pues hasta el 11 de abril de 2014, ya 159 estados han firmado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Ver Lista de estados contratantes y signatarios del Convenio, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home], (página visitada el 10 de julio de 2014).
62. La question qui se pose aujourd'hui est celle d'établir quelles corrélations existent entre le droit international des investissements et les autres domaines du droit international, afin de tenir compte des valeurs non marchandes en général et de la protection des droits de l'homme en particulier. Jusqu'à présent la question des rapports entre droit international des investissements et droits de l'homme n'a pas été abordée de façon systématique, même si le problème en soi n'est pas nouveau, puisqu'il s'est déjà posé à plusieurs reprises à partir des années soixante et soixante-dix. Ver LIBERTI, L., "Investissements et droits de l´homme", VII Global Forum on International Investment, OECD, 2008, en [http://www.oecd.org/investment/globalforum/40306263.pdf], (Página visitada el 10 de julio de 2014).
63. Una forma de clasificar a los derechos humanos puede ser en base a su condición individual o colectiva. En este sentido, el derecho a la autodeterminación de los pueblos es uno de corte colectivo. Hoy resulta claro que existe un nuevo escenario, no necesariamente liberal, que ha trascendido la tradicional visión que los derechos humanos son solamente individuales.
64. SILVA ROMERO, E., El mito del carácter ilimitado del derecho a la propiedad de las inversiones, p. 1, en [http://www.dechert.com/files/Publication/523fb631-58d4-4a36-a2af-08c94bee701c/Presentation/PublicationAttachment/b2ded1fa-40f2-4df3-ab1c-005fda82cebc/ESR%20—%20El%20mito%20del%20caracter%20ilimitado%20del%20derecho%20a%20la%20propiedad%20de% 20los%20inversionistas.PDF], (Página visitada el 10 de julio de 2014).
65. "Artículo 17: 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad".

versoras deben respetar, tal es el caso del derecho al medio ambiente, derecho al agua y, por supuesto, los derechos colectivos de los pueblos indígenas[66]. Todavía el problema es más complejo cuando colisionan diversos instrumentos internacionales que protegen diferentes derechos fundamentales.

En este sentido, existen dos colisiones que preocupan, tanto más que probablemente los árbitros, en muchos casos, tendrán la obligación de analizarlas y decidir en base a lo más justo y equilibrado no solamente para los inversores y el estado sino para terceros que pueden ser afectados con esta realidad espinosa[67], en especial con el irrespeto de derechos fundamentales en contra de los pueblos y nacionales indígenas que van más allá de los instrumentos internacionales de inversión y sus contratos. En esta línea, las colisiones concretas son: a) medidas estatales previas que inobservan derechos colectivos pero que sirven de base para iniciar actividades extractivas con empresas que ejecutan contratos y no ponen reparo alguno en la falta de respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, así por ejemplo la explotación de recursos naturales en una zona donde no se ha consultado a los pueblos y, sin embargo, se aprueban los trámites administrativos y contractuales, b) Una vez iniciadas las actividades extractivas, el estado toma medidas en defensa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, aspecto que puede considerarse fuerza mayor o expropiación.

El reto es el manejo de la ponderación y proporcionalidad como elementos de interpretación de los árbitros de inversiones,

66. Antes de la integralidad de los Derechos Humanos, se solía hablar de Derechos humanos de tercera generación que se orientan a defender y obtener la solidaridad y que buscan proteger a sujetos no solamente individuales como los pueblos indígenas sino que además protegen conceptos vitales para la existencia del ser humano como el desarrollo, la paz, el medio ambiente sano, etc.
67. Precisamente este es el reto que los árbitros deben enfrentar, pues aplican las normas establecidas por las partes, ya sea en forma contractual, convencional e inclusive legislativa, empero, existen disposiciones de obligatorio cumplimiento y que se encuentran por encima de las disposiciones legales o convencionales de inversiones porque constituyen *ius cogens*. En otras palabras, al ser ciertas normas de Derechos Humanos ratificadas por la mayoría de países y al ser una de las partes los estados, el principio dispositivo sufre una relatividad, pues al aceptarlo a raja tabla propiciaría una tendencia contraria a los Derechos Humanos de los pueblos indígenas, ya que los árbitros podrían esgrimir que esos derechos existen pero al no ser presentados por las partes no tienen competencia para aplicarlos. Me parece que el principio *iura novit curia* bien podría ser aplicado por los tribunales.

pues muchas veces en la relación estado-inversor bien pueden aparecer aspectos relacionados con los derechos de terceros que no necesariamente fueron considerados para suscribir un convenio arbitral o cuando un instrumento internacional fue aprobado ni siquiera los consideraron, aunque, no obstante, pueden ser afectados con sus laudos o interpretaciones.

La relación entre los derechos y obligaciones generadas por los tratados de inversión y otros derechos y obligaciones que surgen bajo instrumentos del derecho consuetudinario internacional pueden únicamente acercarse mediante una integración sistemática que no es más que un proceso de razonamiento que permite hacerlos aparecer como elementos de un todo coherente y sustancial[68].

Por eso precisamente resulta importante considerar que el campo de los Derechos Humanos constituye un régimen especializado que impacta o afecta a todos los otros elementos o ramas del derecho internacional y si es así no será únicamente otro sistema especializado aislado sino se convertirá en uno que imprima unidad a todos los demás[69].

Para comprender la importancia de la defensa de los Derechos Humanos en el arbitraje resulta necesario entender la complejidad del *dramatis personae*, o sea, de los actores que están implicados en las inversiones internacionales, en especial, en el tema de la industria extractiva.

Hay cuatro clases de actores que intervienen en el derecho internacional de inversiones: los gobiernos tanto de países desarrollados como en vías de desarrollo; el sector privado internacional; la clase media internacional o sociedad civil; y los guardianes o contralores oficiales del sistema legal internacional[70], aunque también, conforme a nuestra explicación anterior, debería agregarse en este cuadro de actores a aquellos grupos que son afectados por las actividades de los inversionistas y del mismo estado, en este caso, uno de ellos son los pueblos indígenas que sin ser necesariamente considerados en el convenio arbitral o en los TBI son, empero, muchas veces directamente afectados como terceras partes o terceros no signatarios[71], pues reciben las consecuencias o impactos del extractivismo, ya sea por el irrespeto de las normas de Derechos Humanos, ya sea por los impactos negativos producto de la industria exractiva.

Al respecto, un punto aparte merecen dos aspectos esenciales: 1) las obligaciones de los estados en materia de protección de los Derechos Humanos y su interacción con las inversiones extranjeras, y 2) las obligaciones internacionales de los inversionistas en materia de Derechos Humanos y la eventual apreciación de la licitud de su conducta dentro del contexto arbitral estado e inversor.

En este tema, precisamente los árbitros de inversiones, en los casos concretos que se someten a su juzgamiento, en especial en aquellos donde apareciere el tema de los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas, deberían convertirse en los garantes del respeto del derecho y de los valores fundamentales que están encargados de hacer prevalecer y no deben transformarse únicamente en intérpretes de instrumentos internacionales que beneficien a los inversores o a los estados, pues podrían en caso de insistir en este unilateralismo convertirse en cómplices de una inobservancia de derechos humanos[72].

68. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. Un Doc A/CN.4/L682, 13 April 2006. Paragraph 414.
69. Fry. J., p. 123. There is a possibility that the field of human rights be an "extra-special type of specialized regime that impacts all aspects of international law, and should not be seen as just another specialized body of law that other specialized bodies *might* use to reinterpret their own rules in its light, but is one that *requires* other specialized bodies to be reinterpreted in its light." If that would be the case, the existence of such an influential specialized body of international law itself would be an evidence of international law's unity.

70. Reisman, W. M., "Reflections on economic development, national sovereignty and international arbitration", en Mantilla Serrano, F. Coordinador, *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales*, Legis/Comité colombiano de arbitraje, Bogotá, 2007, p. xvii.
71. The terms "third party" and "non signatory" are regularly used interchangeably. However, they have different meanings: third party is a wide term referring to any party that is not designeted in an arbitration clause. Ver Brekoulakis, S., *Third parties in international comercial arbitration*, Oxford, 2010, p. 2.
72. Liberti, L., "Investissements et droits de l´homme", p. 851.

Además se insiste en el hecho que los árbitros no pueden dejar de usar las normas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*[73], sobre todo, cuando deben ponderar el uso de instrumentos internacionales que colisionan en los conflictos de inversiones o al menos, con el objetivo de proteger los Derechos Humanos de los pueblos indígenas nada impide, al menos es mi criterio particular, que el tribunal arbitral pueda remitir los casos a los operadores competentes que pueden establecer la responsabilidad internacional de los estados o de otros sujetos internacionales o sencillamente aplicar el contenido de las sentencias de las Cortes de Derechos Humanos que son vinculantes.

En el primer aspecto, gracias a la jurisprudencia de la CorteIDH se ha superado el hecho de que los pueblos indígenas no son sujetos de derecho internacional[74] y se ha permitido que comunidades nativas puedan reclamar el cumplimiento de derechos colectivos territoriales, tal es el caso *Sarayaku vs Ecuador* y otros similares[75]. La consecuencia inmediata es que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen plena subjetividad internacional y, por ende, pueden presentarse ante las cortes internacionales, no tendiendo porque ser la excepción su presencia en los tribunales arbitrales.

73. Este *ius cogens* se refiere a los principios del derecho internacional considerados de la mayor importancia, gozando por ello de preferencia y prioridad sobre otros principios de derecho basado en los tratados y el derecho consuetudinario. En otras palabras, las normas imperativas harán caso omiso e invalidarán otros principios del derecho internacional. En consecuencia, los estados no pueden plantear un tratado que presente conflicto con una norma imperativa reconocida –como exterminar a otro pueblo o población de otro estado, por ejemplo–. Existen pocos principios de derecho internacional a los que se ha concedido la condición de *ius cogens*. Son ejemplos de ello la prohibición de genocidio y de la esclavitud y el principio de libre determinación. Ver Mackay, F., *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*, APRODEH/FIDH, Lima, 1999, p. 50.
74. In 1945 the priority was to safeguard individual rights. But since 1966 the International Covenants (on civil and political rights and on economic, social and cultural rights) introduced a collective dimension to human rights, establishing in their first article that the fulfilment of collective rights of peoples is a pre-condition for the effective enjoyment of individual human rights. Despite the fact that international law recognizes certain rights to peoples and minorities, however, it does not allow them to claim these rights before international bodies. Groups of individuals thus do not appear as the holders but rather as the adressees of these rights –they are, in this sense, objects of international law. Ver Crawford, J., Pellet, A., and Olleson, S., *The Law of International Responsability*, Oxford, 2010, p. 994.
75. Existen también algunas sentencias de la CorteIDH que tratan, desde varios ángulos, los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, tal es el caso de *Comunidad Saramaka Vs. Suriname, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay,* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.*

En cambio, en la segunda realidad se ha advertido que el arbitraje ha sido considerado como una herramienta efectiva y, por ello, ha sido usada por la mismísima CIDH, pues en la sentencia emitida en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íniguez vs Ecuador*[76] se obligó a las partes procesales involucradas a resolver mediante arbitraje la cuantificación del daño material e indemnización[77]. En este sentido, este caso marca un hito tanto en la defensa de nuevos derechos como el aparecimiento de nuevos sujetos ante la Corte interamericana, ya que se resuelve sobre temas patrimoniales que afectan a los derechos de las personas jurídicas, cuando la idea fuerza ha sido que las personas naturales son las únicas titulares de los derechos convencionales, tema que corrobora, sin

76. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. También revisar la sentencia de 26 de noviembre de 2008, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Por la importancia citamos las partes pertinentes de dicha sentencia, así la CorteIDH dispone que: "13. El Estado y el señor Juan Carlos Chaparro Álvarez deberán someterse a un proceso arbitral para fijar las cantidades correspondientes a daño material, en los términos de los párrafos 232 y 233 de esta Sentencia". Los párrafos rezan: "232. Por lo anterior y dada la complejidad que supone la determinación de valores mercantiles de una empresa, los cuales pueden incluir, inter alia, el patrimonio, situación financiera, inversiones de capital, bienes y sus valores, movilizado y circulante, flujos operacionales, expectativas de mercado y demás, esta Corte considera que deberá ser un tribunal de arbitraje el que determine el porcentaje de pérdidas que sufrió el señor Chaparro como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit por parte del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte tiene en cuenta que dicha fábrica había operado por varios años y que al momento de los hechos había recibido algunos préstamos para mejorar su productividad, razones por las cuales fija en equidad el monto de US$150.000,00 (ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) por este concepto. En caso de que el monto determinado en el procedimiento arbitral sea mayor que lo ordenado por la Corte en esta Sentencia, el Estado podrá descontar a la víctima la cantidad fijada en equidad por este Tribunal. Si el monto determinado en el procedimiento de arbitraje es menor, la víctima conservará los US$150.000,00 (ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) fijados en esta Sentencia. La cantidad establecida por esta Corte deberá ser entregada al señor Chaparro en un plazo no mayor a un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. 233. El procedimiento arbitral señalado en el párrafo anterior deberá ser de carácter independiente, llevarse a cabo en la ciudad en la que resida el señor Chaparro y conforme a la legislación interna aplicable en materia de arbitraje, siempre y cuando no controvierta lo estipulado en esta Sentencia. El procedimiento deberá iniciarse dentro de los seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. El tribunal de arbitraje estará integrado por tres árbitros. El Estado y el señor Chaparro elegirán cada uno a un árbitro. El tercer árbitro será elegido de común acuerdo entre el Estado y el señor Chaparro. Si en el plazo de dos meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia las partes no llegan a un acuerdo, el tercer árbitro será elegido de común acuerdo por el árbitro elegido por el Estado y el elegido por el señor Chaparro. Si los dos árbitros no llegaran a un acuerdo dentro de los dos meses siguientes, el Estado y el señor Chaparro o sus representantes deberán presentar a esta Corte una terna de no menos de dos y no más de tres candidatos. La Corte decidirá el tercer árbitro de entre los candidatos propuestos por las partes. La cantidad decidida por el tribunal de arbitraje deberá ser entregada al señor Chaparro en un plazo no mayor de un año contado desde la notificación de la decisión del tribunal arbitral".
77. Gaceta Arbitral, García H., coordinación y edición general, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito, No. 1, 2013, pp. 291-333.

duda, la tesis de la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en sede arbitral.

En definitiva, el tribunal arbitral, siempre en los casos concretos de su conocimiento, deberá evitar que se vulneren los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial cuando surgen en el litigio internacional, y si se advirtiere esta situación, siguiendo la experiencia descrita *ut supra*, pero invirtiendo el orden, el árbitro tendría dos posibilidades, ya sea fallar aplicando *ius cogens*, ya sea remitir a las cortes competentes para que resuelvan el tema de los Derechos Humanos o los organismos competentes ayuden a interpretar la aplicación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Sobre el *ius cogens* se advierte que comprende un conjunto de normas imperativas que son exigibles no solo a los estados sino a todos los sujetos de derecho internacional, constituyendo su inobservancia actos objetivamente ilegales[78]. En este sentido, los derechos colectivos como aquellos de propiedad de los pueblos y nacionalidades indígenas, gracias a los pronunciamientos jurisprudenciales de la CorteIDH, se encuentran en el camino de la consolidación del derecho a la autodeterminación de los pueblos por la inclusión de nuevos elementos y, por ello, forman parte del *ius cogens*.

Es decir, la propiedad colectiva es un elemento del derecho a la autodeterminación y es necesario que se comprenda esta compleja realidad en la decisión de los tribunales arbitrales que deben equilibrar los intereses en juego y no responder únicamente por el estado o por los inversionistas.

Esta realidad nos conduce a varios retos, pero uno que resulta vital es la restauración o cambio profundo del régimen internacional de inversiones, pues urge que los TBI sean renegociados para imponer obligaciones de Derechos Humanos en la parte de los inversionistas –debe dejar de ser *soft law*– evi-

78. Voto concurrente del juez A.A. Cancado Trindade. Caso del Pueblo indígena Sarayaku vs Ecuador. Medida provisional. Resolución de 17 de junio de 2005, párrafo 23.

tando así los acuerdos unilaterales del tratado o contrato y entonces los tribunales arbitrales también van a dar importancia al *ius cogens* e incluso quedaría abierta la posibilidad de incluir una apelación mediante la cual se resuelvan temas como el respeto de los derechos de los pueblos indígenas o la determinación de los beneficios o utilidades de la inversión a la que tienen también pleno derecho, pero que desafortunadamente el estado y las mismas empresas, apropiándose de estos conceptos, los han remitido a un segundo plano.

Sin duda alguna, un tema que debe ser resuelto es el hecho que el propio estado que ha suscrito y concluido los instrumentos internacionales de inversión lo ha efectuado sin tener en cuenta los derechos que el mismo también ha reconocido a los pueblos y nacionalidades indígenas como derechos colectivos e incluso los mismos instrumentos internacionales que amparan a dichos pueblos.

La consigna será, entonces, que el estado deberá unificar sus criterios de protección de los pueblos indígenas tanto en la esfera constitucional como en el terreno internacional, únicamente así los derechos colectivos recobrarán su eficacia y serán respetados y defendidos por todos los operadores nacionales o internacionales, donde se incluyen los tribunales arbitrales de inversiones.

9. Conclusiones

1. El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas es un derecho que puede ser reclamado ante los tribunales arbitrales, pues al ser *ius cogens* es de obligatoria aplicación para todos los operadores judiciales y arbitrales. En este sentido, se podría contar con un espacio para considerar los Derechos Humanos de los pueblos indígenas en los conflictos suscitados entre el estado y los empresarios siempre y cuando surja el conflicto dentro del litigio estado-inversionista.

2. Los tribunales arbitrales internacionales o los mismos tribunales nacionales cuando consideren que están en juego los derechos colectivos de los pueblos indígenas son competentes para resolver los conflictos puestos a su consideración, pero su intervención deberá considerar el Derecho internacional de los Derechos Humanos como un elemento integrador del Derecho Internacional.

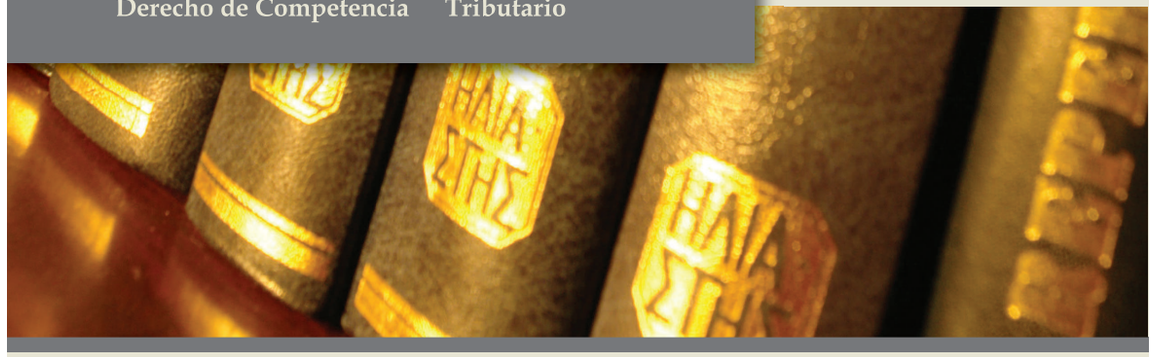
3. Gracias al *ius cogens* los tribunales arbitrales pueden permitir la intervención de los representantes de estos pueblos indígenas en los procesos arbitrales que los afectan a causa de la extracción de recursos naturales, aunque también la aceptación de los amicus curiae puede ser un instrumento que permita a los árbitros conocer aspectos de los Derechos Humanos que probablemente no comprendían.

4. El Derecho Internacional de Inversiones debe preocuparse no únicamente por la protección de los inversionistas sino que debe analizar y amparar a los grupos que como los pueblos indígenas pueden ser afectados por las actividades pactadas por el estado y la empresa.

FALCONI PUIG
ABOGADOS

Arbitraje y mediación
Administrativo
Ambiental
Contratación privada y pública
Corporativo
Constitucional
Derecho de Competencia
Laboral
Litigio
Mercantil
Migratorio
Propiedad Intelectual
Publicidad y Medios
Tributario

ÁREAS DE PRÁCTICA



Av. Amazonas N21-147 y Roca, Edificio Río Amazonas, Oficina 900
PBX: (593-2) 256 1808 / Fax: (593-2) 256 7293 / 250 02995 / P.O. Box 17-03-0423A
mail@falconipuig.com
Quito, Ecuador

www.falconipuig.com

Sección Ensayos

Los lineamientos de la International Bar Association sobre representación en Arbitraje: *much ado about nothing*?

Francisco González de Cossío

Sumario

1. Reflexión inicial. **2.** Preocupaciones. **2.1** Lo que se dice. **2.1.1** ¿Era necesario? **2.1.2** Soluciones que no admiten generalización. **2.1.3** Generan complicaciones. **2.1.4** Sobre-legislación. **2.2** Lo que no se dice. **3.** Contenido. **3.1** Aplicabilidad. **3.2** Representación de partes. **3.3** Comunicación con árbitros. **3.4** Promociones ante el Tribunal **3.5** Intercambio documental. **3.6** Expertos y testigos. **3.7** Soluciones. **4.** Comentario final.

1. Reflexión inicial

Pocos desarrollos en el mundo del arbitraje han generado tanta controversia como los Guidelines on Party Representation in International Arbitration ("Lineamientos") de la International Bar Association ("IBA")[1]. Se observa una marcada diferencia de opinión en las distintas esquinas del orbe con respecto a la conveniencia del paso dado por el Comité de Arbitraje de la IBA. A continuación hago un breve comentario sobre los Lineamientos y las preocupaciones expresadas.

1. Adoptados el 25 de mayo de 2013.

2. Preocupaciones

Los Lineamientos establecen un puñado de cánones sobre cómo deben comportarse abogados en arbitraje. Son seis los temas que abordan los Lineamientos: la representación de las partes, comunicaciones con árbitros, promociones ante los árbitros, intercambio documental, expertos y testigos, y medidas que el tribunal arbitral puede tomar. Su contenido ha suscitado preocupaciones que resumiré y comentaré tanto por lo que dicen expresa y tácticamente.

2.1 Lo que se dice

No me extrañaría que, despues de leer los Lineamientos, alguien sintiera desaire. El motivo: las reglas rayan en verdades de Perogrullo. Difícilmente puede aceptarse que alguien las cuestione en *principio*[2]. Luego entonces, ¿por qué tanta conmoción?

He escuchado con detenimiento a los detractores, muchos de los cuales son amigos que respeto en lo profesional, aprecio en lo individual, algunos inclusive admiro en lo intelectual. Sin embargo, considero que las objeciones esgrimidas son insuficientes si se comparan con las virtudes de los Lineamientos. Son cuatro las preocupaciones más escuchadas: el paso era innecesario; el contenido no admite generalización; darán lugar a complicaciones; y son sobre-regulatorios. Comentaré cada uno.

2.1.1 ¿Era necesario?

Es de admitirse, la *necesidad* del paso es cuestionable. Después de todo, la mayoría de los casos son llevados con calidad ética, y el arbitraje funciona sin los Lineamientos. Por ende, estrictamente hablando, *necesarios* no eran. Sin embargo, sí son *convenientes*. El motivo: aunque excepcionales, existen casos de

2. ¿O acaso alguien aducirá que desea tener el derecho de mentirle a un tribunal? ¿O presentar testigos falsos? ¿O triturar pruebas adversas?

conducta inapropiada y respuestas cuestionables a la misma. Cada motivo es independientemente suficiente para justificar hacer algo.

La excepcionalidad es digna de énfasis. En la mayoría de los casos que he vivido, la calidad expositiva es superada solo por la calidad ética. Y percibo que la percepcion es compartida. Sin embargo, han existido casos de conducta violatoria de las más elementales normas éticas. La respuesta de tribunales arbitrales varía. Desde los que hacen un buen manejo de la crisis, hasta los que son tímidos. Esto último ha merecido explicaciones diversas.[3] Por ejemplo, hay quienes se sienten persuadidos por la noción que el tribunal arbitral no es un órgano deontológico por lo que no deben hacer nada. Otros se han percatado que los problemas que abordan los Lineamientos despiertan, o pueden despertar, implicaciones de debido proceso. Y como custodios del proceso, los árbitros están obligados a tomar pasos si se propician desequilibrios que lo comprometan.[4] Para mi gusto, la segunda visión es la más experimentada. Sin embargo, no es unánimemente compartida.

2.1.2 Soluciones que no admiten generalización

Hay quien ha dicho, con mucha energía y elocuencia, que las soluciones contenidas en los Lineamientos contienen *una solución*, cuando el problema no admite generalización. Que es mucho mejor dejar que el tribunal arbitral resuelva los problemas que surjan caso por caso.

El argumento que deposita confianza en el tribunal arbitral es, para mi gusto, bueno. Pero no milita en contra de la emision de los Lineamientos. Los Lineamientos no buscan *agotar*, sino *orientar*. Y de ninguna manera constriñen. Por ende, no obstante el mérito de la observación, no es causa suficiente para válidamente cuestionar los Lineamientos.

3. En algunos casos más que explicaciones se observan excusas y evasivas. Dirigir la atención a otra cuestión probablemente para evitar reconocer yerro.
4. Y para ello, cuentan con un acervo de conocimiento y experiencia en las facultades inherentes del tribunal arbitral.

2.1.3 Generan complicaciones

Hay quien teme que los Lineamientos generen aún otra oportunidad para chicanas. Para accidentar el proceso. La preocupación tiene mérito. Es de sospecharse que abra los ojos a algunos que usen su contenido para entorpecer. Aceptado el riesgo tengo dos motivos para considerar que no es suficiente para abogar en contra de los Lineamientos. Primero, el tribunal arbitral puede encausar su utilización usando las reglas mismas en contra de quien desea utilizarlas para accidentar[5]. Además, siempre existe la facultad de distribuir costas para desincentivar chicanería. Segundo, ello es un riesgo inherente a todo el derecho. ¿Milita en verdad en contra de no legislar progresivamente?

2.1.4 Sobre-legislación

La preocupación de sobre-regulación merece ponderación. Son muchos los foros donde se ha propuesto que se emita algún tipo de reglamentación sobre la ética en el arbitraje. Y muchos hemos tenido que encausar los deseos indicando que la sobre-regulación es mala idea. Que el arbitraje es exitoso en parte porque no se ha anquilosado.

Aceptado que no se deje saturar de regulación a lo que ya funciona, ¿se justifica no hacer nada? ¿Justifica la preocupación de *sobre-regulación* tolerar *sub-regulación*?

Considero que no. El *quid* reside en encontrar el foro correcto para que este emita el instrumento apropiado que condense la vision de los actores clave.

Dada la internacionalidad del arbitraje, la *International Bar Association* es el *locus* más propicio para decidir si es conveniente hacer algo, qué y cómo. Pero además, considérese lo que el esfuerzo dice de la IBA. Se trata de un foro de abogados que busca

5. Por ejemplo, mediante la amonestación.

auto-regularse para mejorar la ética en su disciplina. Un paso difícil de reprochar.

2.2 Lo que no se dice

Hay algo comunicativo en lo que no se dice cuando se critican los Lineamientos. Es digno de notar que, aunque existe diferencia de opinión sobre la *medicina*, existe consenso sobre la *patología*: no veo que nadie cuestione que existen instancias de conducta incorrecta de abogados que representan a partes en el arbitraje. Aunque excepcionales,[6] han existido casos graves. Desde hace tiempo algunos han (hemos) dado eco a preocupaciones. La mayoría de las veces las preocupaciones se hacen *in abstracto* por respeto al deber de confidencialidad. Sin embargo, ello no resta a que algunos casos son (literalmente) increíbles. Y cuando las implicaciones del caso son altas, la existencia de conducta incorrecta sobre, por ejemplo, procuración de pruebas, veracidad de las mismas, merece considerarse. Después de todo, alguien perderá derechos por ello. Y si no se hace algo al respecto, lo que es excepción puede convertirse en regla.

Aceptada la existencia de un (incipiente) cáncer, uno podría cuestionar la conveniencia de abordarlo *ex profeso* para arbitraje. Después de todo, para eso existen códigos deontológicos de cada jurisdicción. (¿O acaso debe existir un código para cada materia?) Lo que motiva la necesidad en *arbitraje* es el conflicto de normas deontológicas derivado de su internacionalidad. El que un proceso arbitral habitualmente rebase una jurisdicción, y que con frecuencia toque muchas,[7] genera una incógnita: ¿Qué régimen aplica a las obligaciones éticas de los abogados en el asunto? Y de aplicar más de uno, ¿qué hacer si el estandar de exigencia varía?

6. Reitero el punto sobre excepcionalidad, con miras a no sobre-exponer.
7. Sea por el origen de las partes involucradas, sus abogados, los árbitros (que bien pueden involucrar tres nacionalidades distintas), el derecho aplicable, o lugares posibles de ejecución.

Existen respuestas diversas a la interrogante. Algunas evidentes; otras no. Sin embargo, lo que recibe menos respuesta es el resultado. Por ejemplo, si se acepta el postulado que la diversidad de orígenes de abogados tiene por efecto que cada abogado se rige por sus reglas éticas, la diferencia regulatoria puede generar diferencias y desventajas procesales, y mermando la igualdad en el proceso. Un ejemplo conspicuo y frecuentemente citado es el papel del abogado con respecto a los testigos y peritos. Mientras que algunas jurisdicciones consideran que es contrario a las normas éticas el que un abogado prepare a su testigo o perito, otras jurisdicciones lo consideran un paso natural e incluido dentro de un conjunto de pasos que un abogado debe tomar para representar profesionalmente a una parte. Ello genera una fuente de fricción en procesos arbitrales entre partes con tradiciones distintas que, de no manejarse correctamente, puede propiciar una desventaja seria a una de las partes, y problemas en la determinación de hechos por parte del tribunal.[8] Es ante dicho tipo de cuestiones que la respuesta del gremio, vía la organización más prestigiada e internacionalmente representativa, es de aplaudirse.

3. Contenido

La esencia del contenido de los Lineamientos es el siguiente, que resumo por tema.

3.1 Aplicabilidad y alcance

Los Lineamientos dejan claro no solo que son voluntarios, sino que no buscan desplazar las normas imperativas o deontológicas aplicables. Más aún, que no buscan mermar el acuerdo arbitral y, sobre todo, el deber de lealtad del abogado *vis-à-vis* su cliente.[9]

8. Piénsese por ejemplo la sorpresa que un abogado parisino sentiría al observar en la trinchera de una audiencia que los testigos y peritos de su adversario han sido cuidadosamente preparados, siendo que él cándidamente ofreció a los suyos sin cursar una sola palabra con ellos. Lo que es más, de no estar sensibilizado a esto el tribunal arbitral, la respuesta en la determinación de hechos puede ser delicada.

3.2 Representación de partes

Con respecto a la representación, las obligaciones consisten en identificarse en la oportunidad procesal mas temprana, y cuidar la integridad del proceso. De no ocurrir, el tribunal puede tomar medidas para resguardar la integridad del proceso, incluyendo excluir abogados.[10]

3.3 Comunicación con árbitros

Dos reglas resaltan por su importancia: la prohibicion de comunicaciones *ex parte* y el tipo de comunicados que pueden sostener con árbitros prospectivos y confirmados. La primera regla será de utilidad para procurar erradicar la —de sí, excepcional y deplorable— práctica de sostener comunicados *ex parte*.[11] La segunda dejar claro el margen de comunicación cuando se está considerando designar a alguien como árbitro, y cuando ya lo es.

3.4 Promociones ante el tribunal

Se establece el deber a cargo del representante legal de conducirse con la verdad. A no hacer aseveraciones que sabe falsas. Esto último incluye el deber de corregir prontamente cuando ha habido un error, y el deber a tomar medidas que eviten que ello ocurra, como indicar a peritos y testigos que deben ser veraces, y tomar pasos razonables para evitar presentar pruebas falsas.[12]

9. Lineamientos del 1 al 3.
10. Lineamientos del 4 al 6.
11. Lineamientos del 7 al 8.
12. Lineamientos del 9 al 11.

Hay a quien le ha preocupado el impacto que esto puede tener en el desempeño del deber de cuidar los intereses de sus clientes. Contestaría que para *abogar* no se necesita *mentir*. Entender lo segundo como incluido en lo primero es una expresión incorrecta del alcance de las obligaciones de un abogado frente a su cliente y en cambio incumple el deber de los abogados de conducirse con la verdad ante un juzgador.

3.5 Intercambio documental

En el contexto de intercambios documentales los Lineamientos establecen: (a) el deber de preservar pruebas, (b) la obligación de no hostigar; (c) el deber de asistencia razonable; (d) la prohibición de esconder o suprimir pruebas.[13]

Las obligaciones anteriores son útiles pues, aunque excepcional, ha ocurrido que los representantes legales cooperan astutamente con las partes con entorpecer procesos de intercambio documental. Y dada la forma en que ocurren los intercambios documentales, y el nivel de participación de los tribunales arbitrales en los mismos, mucha conducta incorrecta ha permanecido impune.

3.6 Expertos y testigos

Con respecto a expertos y testigos los Lineamientos expresan obligaciones sobre (a) preparación; (b) que el testimonio refleje *su* postura sobre los hechos; (c) que la pericial reflejare su propio análisis y opinión; (d) una prohibición a solicitar información falsa; (e) que la preparación de testimonio no merme veracidad; y (f) remuneración de testigos y peritos.[14]

Este tema es sensible. La mera noción de "preparar" a un testigo o perito puede ser discutida y propiciar problemas. Si "preparar" significa explicar cómo es un interrogatorio, el alcance de sus deberes en respuesta a preguntas, y cerciorar que la conducta desplegada es apropiada dado que se está participando en un proceso, el paso es aceptable. Pero si "preparar" consiste en imbuir el contenido sustantivo de la respuesta, el paso será éticamente cuestionable. Ambos se ven en la práctica. En la medida en que los Lineamientos asisten en eliminar los segundos, su cometido es plausible.

13. Lineamientos del 12 al 17.
14. Lineamientos 18 a 25.

A su vez, el esclarecimiento sobre la remuneración es de utilidad. Deja claro qué es aceptable y qué no, algo que evitará problemas.

3.7 Soluciones

Las medidas (Remedies) que el tribunal arbitral puede tomar son (a) amonestar; (b) derivar inferencias adversas; (c) distribución de costas; (d) medidas para preservar el proceso; y (e) exclusión de abogados. De estas la que ha generado diferencia intensa es la última. Y es entendible. Se trata de una medida extraordinaria que puede poner en tela de juicio la legitimidad misma del proceso.[15]

La experiencia CIADI arroja lecciones interesantes al respecto. Han existido cuatro casos donde ello se ha discutido,[16] y solo en uno ha prosperado.[17] El carácter y el alcance jurídico de la decisión ha sido objeto de diferencia. Mientras que algunos consideran que el caso no admite generalización, otros consideran que sí. Deseo someter a discusión que el caso no admite generalización, pero que ello no significa que la exclusión no está dis-

15. Pues la elección de representante legal es ampliamente entendido como un derecho importante.
16. *Hrvatska Electroprivreda, d.d. v Republic of Slovenia, Caso CIADI No. ARB/05/24, orden de 6 de mayo de 2008 ("Hrvatska v Slovenia"); Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, Caso CIADI No. ARB/03/25, Decision on Application for Disqualification of Counsel, 18 September 2008 ("Fraport v Filipinas"); The Rompetrol Group N.V. v. Romania, Caso CIADI No. ARB/06/3, Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel, 14 January 2010 ("Rompetrol v Romania"); Highbury International AVV y Ramstein Trading Inc. v República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/1, Decisión de 10 de agosto de 2011 ("Highbury v Venezuela").*
17. *Hrvatska v Slovenia.*

ponible. Puede ordenarse cuando sea una medida necesaria para resguardar la integridad del proceso. Me explico.

Percibo que la mayoría de las personas que hablan del tema atribuyen al 'problema de Eslovenia' un efecto generalizador injustificado.[18] Cuando se habla de la posibilidad de excluir abogados, la discusión con frecuencia se circunscribe a la identificación tardía de un representante legal en el asunto.[19] Sin embargo, no es obligado concluir que la identificación tardía suscita problemas de debido proceso; y en cambio existen más casos en los que la medida se justificaría.

La decisión en *Hrvatska* parece más una solución *ad hoc* a una situación específica que se remediaba con la medida adoptada. Su generalización parece exagerada: es fácil pensar en muchos casos donde ocurra identificación tardía sin que suscite problema alguno. En cambio, hay otros casos en los que puede justificarse. Por ende, ¿cuál debe ser la regla? Postulo que, como suele suceder con problemas delicados, la solución no reside en una *regla* sino un *estándar*, cuya aplicación realice un análisis de balanceo entre dos postulados que propician una tensión y cuya solución no es generalizable. Requiere el ejercicio de discernimiento. Análisis de las circunstancias para adoptar la mejor solución *in casu*. Del acervo de experiencia existente, *Rompetrol v Romania* pone el dedo en la llaga al decir:[20]

> *the Tribunal can find in the circumstances before it no basis for any suggestion that it should interfere in the choice by Claimant of its counsel for these proceedings, or indeed for any suggestion that the preservation of the integrity of these proceedings requires it to consider doing so. …*

18. En *Hrvatska v Slovenia* se identificó tardíamente (poco antes de la audiencia) a un abogado con quien uno de los árbitros compartía "Chambers". Ello generó una percepción de nexo cercano a una parte que desconocía las prácticas sobre el tema en Londres.
19. De hecho, tal parecería que así fue ponderado en los Lineamientos pues, no está contemplado *expressis verbis* (aunque sí sub silentio: sección (d)) en el lineamiento que alude a las soluciones (lineamiento 26) sino el artículo que establece el momento de identificación de representantes legales (lineamientos 5 y 6).
20. Decisión de 14 de enero de 2010.

> *[el tribunal no puede encontrar en las circunstancias que enfrenta motivo alguna que sugiera interferir en la elección del Demandante de sus representantes en este proceso, o que la preservación de la integridad del proceso lo exige]*

Es la *integridad* del proceso lo que puede justificar la decision de excluir. Para ello, el conjunto de circunstancias debe poner en peligro la integridad del proceso, y la gravedad de ello debe ser tal que pese más que el derecho a elegir representante —máxime si este último fue ejercido con un propósito táctico distinto al natural.[21] El análisis es de balanceo pues la solución al problema exige una respuesta casuista que puede variar atendiendo a las circunstancias. Y en relación con la pregunta obligada (¿cuál es la fuente de autoridad para emitir tan (draconiana) solución?) la respuesta sería el acervo de facultades "implícitas" o "inherentes" con los que cuenta todo tribunal para seguir su misión. Como se dijo en *Hrvatska v Slovenia*:[22]

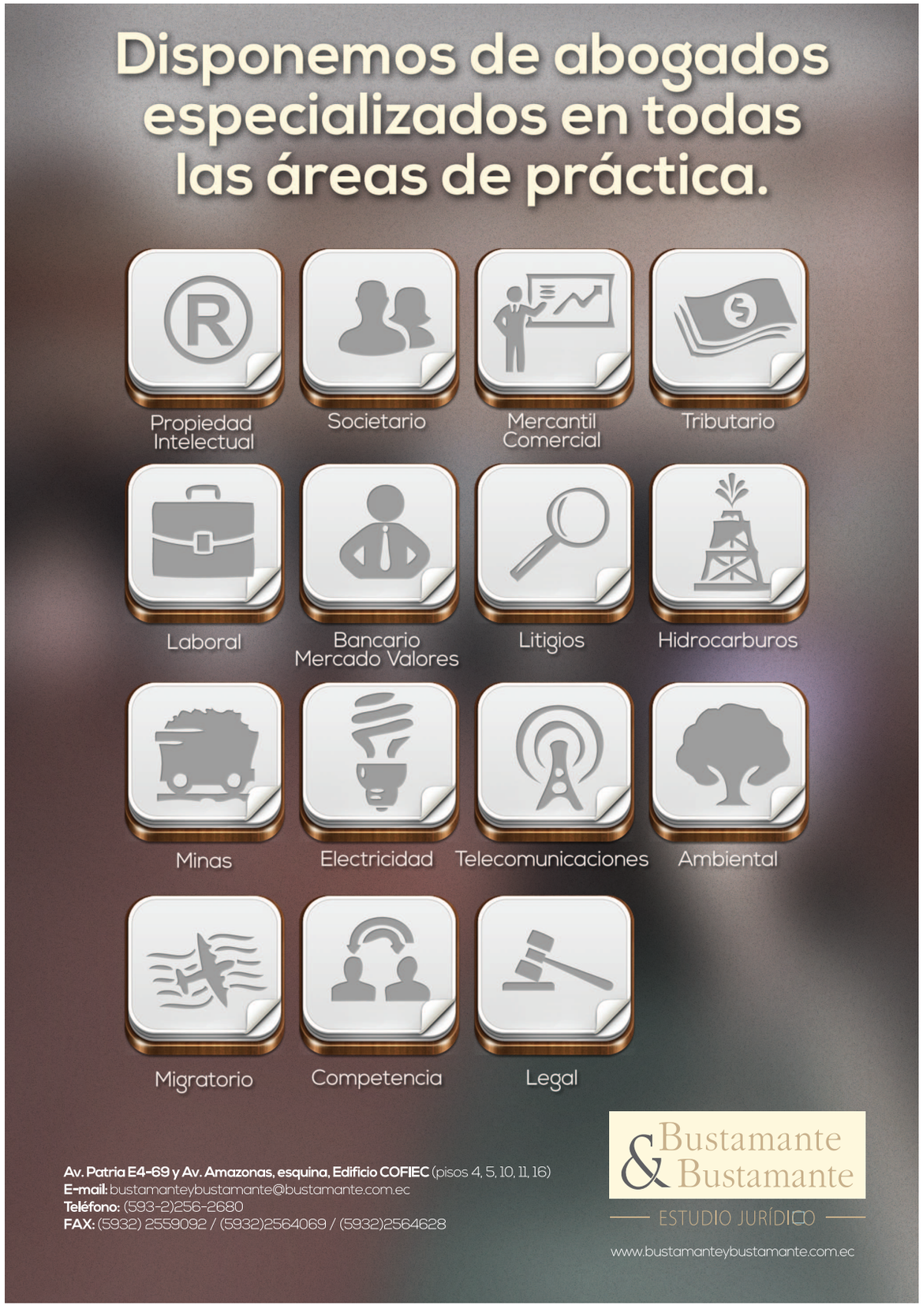
> *… as a judicial formation governed by public international law, the tribunal has an inherent power to take measures to preserve the integrity of its proceedings. … there is an inherent power of an international court to deal with any issues necessary for the conduct of the matters falling within its jurisdiction … that power exists independently of any statutory reference …*

4. Comentario final

¿Por qué ha surgido el deseo de emitir lineamientos éticos sobre el actuar de representantes legales en arbitraje? ¿Por qué se observan esfuerzos diversos sobre el tema?[23] Será *Much Ado about Nothing*?

21. En este caso, bien podría hablarse de un abuso de derecho. ¿Qué derecho? El de elegir representante legal. Es decir, el (incuestionable) derecho de elegir representante legal es utilizado con miras a lograr un propósito diverso, como accidentar el proceso (vgr., comprometiendo al tribunal arbitral) u obtener una ventaja indebida.
22. Decisión de 6 de mayo de 2008
23. Considérese que el impulso no es aislado. Diferentes foros han presenciado iniciativas diversas. Por ejemplo, una institución arbitral líder (London *Court of International Arbitration)* ha incluido un anexo de reglas éticas a su último proyecto (versión de 18 de febrero de 2014) titulado "General *Guidelines for the Partie's Legal Representatives"* con 7 lineamientos sobre el tema, con algunas similitudes a los Lineamientos IBA.

El *motif* de la comedia de Shakespeare dista de estar presente en los Lineamientos IBA. Ni son "*much ado*" y mucho menos es la ética "*nothing*": son buen primer paso, que necesitará aun más refinamiento y trabajo, sobre un tema delicado.



De la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional y materias aledañas

Eduardo Silva Romero

Sumario

1. Reflexión inicial. **2.** De la confidencialidad implícita a la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial. **2.1** Del derecho positivo de la confidencialidad. **2.2** De la confidencialidad como un problema de técnica contractual. **3.** De la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional a la transparencia explícita en el arbitraje internacional de inversiones. **3.1** Fenomenología de la transparencia en el arbitraje internacional de inversiones. **3.1.1** De la transparencia como ausencia de confidencialidad. **3.1.2** De la transparencia como confidencialidad limitada. **3.2** Los efectos perversos de la transparencia. **4.** Conclusión.

1. Reflexión inicial

Es todavía más o menos común introducir cursos o libros sobre el arbitraje comercial internacional señalando las ventajas[1]

1. Cf., por ejemplo, E. Gaillard / J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 1: "International commercial arbitration has witnessed dramatic growth over the last twenty years. Although this reflects to a certain degree the underlying development of international commerce, international arbitration has flourished for a number of other reasons: arbitration is often perceived, rightly or wrongly, as being cheaper and less time-consuming than court proceedings, and is unquestionably more confidential; the resulting award is generally easier to enforce than a court decision, largely thanks to the New York Convention; more importantly, international arbitration is now acknowledged –because its international character reflects the nature of the disputes being resolved– to be a neutral method of settling commercial disputes between parties from different nations, allowing each of the parties to avoid the "home" courts of its co-contractors; finally, international arbitration gives the parties substantial liberty to design their own dispute resolution me-

de este, se dice, método alternativo[2] de resolución de desavenencias. Quien escribe sobre el tema o enseña la materia del arbitraje comercial internacional tiende, por regla general, a promoverlo.

La palabra "alternativo" resaltada más arriba está, en principio, llena de significado. Bruno Oppetit, en su artículo que acabo de citar, así lo sostiene. Las ventajas del arbitraje comercial internacional serían, en efecto, el polo opuesto de los que serían *inconvenientes* del proceso judicial adelantado ante cortes y jueces estatales. Así, por ejemplo, es todavía más o menos común escuchar o leer que el arbitraje comercial internacional es más rápido y menos costoso que ciertos procesos judiciales adelantados ante ciertas cortes nacionales; que el procedimiento del arbitraje comercial internacional es más flexible que él, también se dice, rígido procedimiento civil seguido por ciertos jueces y cortes (quien acude al arbitraje escoge, se afirma, ir donde el sastre; quien acude a las cortes, se agrega, escoge comprar su ropa en un supermercado); que el arbitraje comercial internacional es, por definición, más neutral que un proceso judicial nacional para resolver desavenencias comerciales internacionales (la premisa, cierta o errada, detrás de esta afirmación es que ninguna de las partes de una desavenencia confía en cortes y jueces del Estado de su contraparte); que en el arbitraje comercial internacional las partes escogen, con sus virtudes y defectos, a aquellos que van a dirimir su desavenencia (los árbitros) mientras que, en el sistema estatal

chanism, largely free of the constraints of national law. This party autonomy is found at every stage of the arbitral process and, although not often fully exploited (with parties frequently preferring the plain application of institutional rules), is perhaps the most fundamental difference between international commercial arbitration and the courts. Indeed, it will generally be when parties make effective use of their entitlement to tailor their own arbitration proceedings to their needs that international arbitration will provide cheaper and more satisfactory justice than any national court system […]".

2. Bruno Oppetit, por ejemplo, subraya que, "Selon une idée répondue, l'arbitrage commercial international offrirait une originalité irréductible: ce que chercheraient les parties lorsqu'elles le mettent en œuvre, c'est à être jugées *autrement* qu'elles le seraient dans le cadre de tel ou tel autre mode de règlement de différends; par suite, l'arbitre serait [citant l'œuvre de René David] « dans une situation qui diffère *dans son principe* de celle du juge ». Le recours à l'arbitrage par les acteurs du commerce international traduirait de leur part tant une volonté d'échapper à la fois à la compétence des juridictions étatiques et à l'emprise des ordres juridiques nationaux qu'un désir d'une autre justice, administrée et rendue différemment; l'arbitrage commercial international affirmerait ainsi sa spécificité non seulement à l'égard de la justice étatique, mais aussi vis-à-vis de l'arbitrage interne et de tous les autres modes alternatifs de résolution des litiges"; B. Oppetit, "Philosophie de l'arbitrage du commerce international", Clunet, 1993, pp. 817-818.

de administración de justicia, no es posible escoger a su juez; que los laudos arbitrales son más fácilmente ejecutables que las sentencias judiciales (gracias a la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros del 10 de junio de 1958); y que el arbitraje comercial internacional es confidencial mientras que el proceso judicial ante cortes y jueces es público y, por ende, *transparente*.

Dichas ventajas, entre otras, siempre fueron, en nuestra opinión, afirmadas y reafirmadas sin demostración alguna. En el mejor de los escenarios, los miembros de la comunidad del arbitraje se pusieron tácitamente de acuerdo (se trataría del "contrato social" de la comunidad del arbitraje internacional), entre otras cosas, en que, para garantizar la supervivencia del arbitraje internacional, era necesario identificar sus ventajas y repetirlas, sin demostrarlas, sin cesar. Es sin duda por ello que, hoy día, todas y cada una de las supuestas ventajas del arbitraje comercial internacional se hallan, sobre la base de la práctica real de dicha institución, bastante matizadas y, en el caso de algunas, controvertidas[3]. La virtud de la "confidencialidad" no es la excepción. Siempre, en efecto, se afirmó que el arbitraje comercial internacional era confidencial sin que, a fin de cuentas, se precisaran ni la fuente ni el ámbito de dicha confidencialidad. Dicha afirmación es hoy día fuente de controversias[4].

Quizás el mejor esfuerzo que fuera realizado para proponer una fuente de la confidencialidad provino del derecho de las obligaciones y del contrato en general. Después de todo, el derecho arbitral, tal y como lo decía el Maestro Hinestrosa, no es sino una combinación (i) del derecho de las obligaciones y del contrato en general y (ii) de los principios de orden legislativo o, según el caso, jurisprudencial de la "autonomía del convenio arbitral" y de la "competencia-competencia"[5]. Nunca habrá mejor especialista en arbitraje internacional que quien domine, como el Maestro Hinestrosa, el derecho de las obligaciones y del contrato en ge-

3. Cf., por ejemplo, B. Oppetit, op. cit., pp. 821-824.
4. G. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume II, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2250 y 2251.
5. Cf. E. Silva Romero, "El Contrato de Arbitraje", Legis, 2004.

neral. Para algunos[6], en efecto, la confidencialidad del arbitraje comercial internacional era y es un principio o elemento inherente al convenio arbitral internacional. Esta teoría siempre nos hizo pensar, en particular, en aquella disposición de ciertos códigos civiles en las cuales se definen los elementos esenciales, naturales y accidentales de los Contratos. En el Código Civil colombiano, por ejemplo, el artículo 1501 dispone lo siguiente:

> *Elementos característicos del contrato. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*

La confidencialidad del arbitraje comercial internacional sería, en este orden de ideas, un elemento natural del convenio arbitral internacional.

En cuanto al ámbito de la confidencialidad, por otra parte, tampoco era totalmente claro cuál era su órbita. ¿La confidencialidad, por ejemplo, cubría la existencia del arbitraje? ¿El laudo podía ser publicado sin el nombre de las partes? ¿En qué casos excepcionales, por otro lado, una de las partes del arbitraje comercial internacional podía dejar de cumplir su obligación de confidencialidad? ¿Cada vez, por ejemplo, que revelar aspectos del arbitraje internacional fuese necesario para la salvaguarda de sus derechos e intereses?

Quizás una de las raras delimitaciones de la noción de confidencialidad provenía, sin que las consecuencias jurídicas fueran claras, de la distinción que en ocasiones se hacía entre "confidencialidad" y "privacidad". A este respecto, por ejemplo, Gary Born señala lo siguiente:

6. G. Born, op. cit, p. 2280.

> *It is important to distinguish between "privacy" and "confidentiality" in international arbitration. "Privacy" is typically used to refer to the fact that, under virtually all national arbitration statutes and institutional rules, only parties to the arbitration agreement –and not third parties– may attend arbitral hearings and otherwise participate in the arbitral proceedings. The privacy of the arbitration serves to prevent interference by third parties in the arbitral process (for example, by making submissions in the arbitration or by seeking to participate in the arbitral hearing), as well as to protect the parties' confidences against disclosure to third parties.*
>
> *In contrast, "confidentiality" is typically used to refer to the parties' asserted obligations not to disclose information concerning the arbitration to third parties. Obligations of confidentiality extend not only to prohibiting the disclosure to third parties attending the arbitral hearings, but also to prohibiting the disclosure to third parties of hearing transcripts, as well as written pleadings and submissions in the arbitration, evidence adduced in the arbitration, materials produced during disclosure and the arbitral award(s). […] [T]he confidentiality of the arbitral proceedings serves to centralize the parties' dispute in a single forum and to facilitate an objective, efficient and commercially-sensible resolution of the dispute, while also protecting the parties' confidences from disclosure to strangers*[7].

No deja de ser comprensible, en todo caso, que siempre se haya insistido tanto en salvaguardar una confidencialidad implícita del arbitraje comercial internacional. Es evidente que la publicidad de los procedimientos puede afectar el *"good will"* de las partes y exacerbar la hostilidad entre ellas. Por una parte, parece evidente que ningún mercader internacional querrá que los socios potenciales con los que podría emprender operaciones económicas conjuntas ("hacer negocios") sepan que aquél, por ejemplo, no ha efectuado ciertos pagos. Por otra parte, parece también evidente que cualquier desavenencia puede agravarse en caso de ser ventilada públicamente. Como lo mencionaremos con más detalle más adelante, no hay nada más perverso que los efectos de los medios de comunicación sobre un litigio.

7. G. Born, op. cit, pp. 2251 y 2252.

A pesar de las imprecisiones descritas más arriba en cuanto a su fuente y ámbito, la confidencialidad permaneció incólume por bastante tiempo. Ninguna felicidad, sin embargo, dura eternamente. Partes de arbitrajes comerciales internacionales decidieron llevar ante cortes estatales el debate de si su arbitraje era confidencial o no. Dichas cortes, en respuesta, sostuvieron que, para que el arbitraje fuera confidencial, era necesario que dicha obligación estuviese expresamente prevista en alguna parte. La confidencialidad, para ellas, devino un *elemento accidental* del convenio arbitral comercial internacional. De una confidencialidad implícita del arbitraje comercial internacional se transitó, en otras palabras, a una confidencialidad explícita del mismo (2).

Las cortes mencionadas, sin embargo, no han sido las únicas que han atacado aquella confidencialidad implícita del arbitraje comercial internacional. Como es de conocimiento público, el siglo XXI es la era de la ideología (entre otras) de la transparencia. Es así como en arbitrajes con partes estatales, especialmente en aquellos llamados "de inversión", se está, de alguna manera, invirtiendo el sentido de aquel principio implícito de confidencialidad del arbitraje. Hoy, más bien, parecería que, en dichos casos, el principio sería uno de "transparencia". De una confidencialidad explícita se está ahora transitando, en otros términos, a una transparencia implícita en ciertos casos (3).

2. De la confidencialidad implícita a la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional

También es común leer en los más recientes textos sobre el arbitraje comercial internacional que la confidencialidad del arbitraje es un tema controvertido. En su tratado sobre la materia, Gary Born precisa lo siguiente:

> *The confidentiality and privacy of international arbitration proceedings is a contentious and unsettled subject. A number of authorities regard confidentiality as an essential aspect of the arbitral process, which assists in the effective, efficient resolution of international disputes, and which must be given legal effect. At the same time, a substantial body of critics deny that confidentiality is a necessary or particularly beneficial feature of international arbitration proceedings, or that parties have a general legally-enforceable right to confidential arbitral proceedings […]*[8].

Existiría, en este sentido, cierta tensión entre aquellos que, a pesar de la evolución del derecho positivo al respecto en ciertas latitudes, insisten en que el arbitraje comercial internacional es implícitamente confidencial (elemento natural) y aquellos que, a fin de cuentas, afirman que dicha confidencialidad implícita no observa ninguna fuente clara en el derecho positivo (2.1) y debe ser pactada expresamente para existir jurídicamente (elemento accidental) (2.2).

2.1 Del derecho positivo de la confidencialidad

Es, primero, importante señalar que ninguno de los tratados internacionales en materia de arbitraje trata el tema de la confidencialidad del procedimiento. Ni la Convención de Nueva York, ni la Convención de Ginebra, ni la Convención de Panamá comprenden normas al respecto. La conclusión es evidente: la comunidad internacional no ha logrado llegar a un consenso sobre el particular.

Es, por consiguiente, necesario acudir a los diferentes derechos nacionales que tienden a ser escogidos con mayor frecuencia como *lex arbitri* en búsqueda de un régimen que regule la materia. Ninguna de las legislaciones en materia de arbitraje de los Estados más comúnmente escogidos como sede de arbitrajes comerciales internacionales (Francia, Suiza, Reino Unido, etc.) comprende disposiciones expresas sobre la confidencialidad en el plano internacional. Hasta donde sabemos, en efecto, solamente el derecho arbitral peruano comprende una disposición re-

8. G. Born, op.cit., pp. 2249 y 2250.

lativa a la confidencialidad del procedimiento arbitral. El artículo 51 de la Ley Peruana de Arbitraje, en efecto, dispone lo que sigue:

> *Artículo 51.- Confidencialidad.*
>
> *1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.*
> *2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.*
> *3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.*

La disposición peruana transcrita deja en claro, por el solo hecho de existir en dicha legislación, que un arbitraje comercial internacional con sede en Perú sería implícitamente confidencial salvo, claro está, pacto en contrario.

Dicha confidencialidad, sin embargo, no podría ser calificada de "elemento natural" del convenio arbitral internacional. Si algo debe resultar claramente de dicha disposición es que la confidencialidad no es una calidad inherente de todo arbitraje comercial internacional con sede en Perú sino una garantía que el legislador peruano ha decidido darle a éste.

El nuevo derecho arbitral francés merece una mención especial. Antes de la entrada en vigencia en mayo de 2011 de las modificaciones introducidas por el Decreto No. 2011-48 al Código de Procedimiento Civil francés, existía una cierta confidencialidad implícita del arbitraje comercial internacional. Hoy día, parecería claro que el arbitraje interno es implícitamente

confidencial en Francia (por voluntad del legislador) y que el arbitraje internacional, por el contrario, no lo es. En efecto, como lo sostienen, por ejemplo, Emmanuel Gaillard y Pierre de Lapasse:

> *Le principe selon lequel l'arbitrage est confidentiel, sauf volonté contraire des parties (art. 1464, al. 4) ; en matière d'arbitrage relatif à la protection des investissements, un fort souci de transparence voit en effet le jour et il n'a dès lors pas été jugé opportun de prévoir un tel principe en matière d'arbitrage international. Cela signifie concrètement qu'en matière internationale les parties qui désirent bénéficier d'un régime de confidentialité devront le préciser expressément dans la convention d'arbitrage*[9].

Una importante razón por la cual la mayoría de los derechos arbitrales del mundo no tratan el tema de la confidencialidad puede ser que muchos de ellos se han inspirado de la Ley Modelo de la CNUDMI. La Ley Modelo de la CNUDMI, en efecto, no contiene ninguna disposición relativa a la problemática de la confidencialidad. Al decidir expresamente no tratar dicho tema, los redactores de la Ley Modelo de la CNUDMI afirmaron lo siguiente:

> *It may be doubted whether the Model Law should deal with the question whether an award may be published. Although it is controversial since there are good reasons for and against such publication, the decision may be left to the parties or the arbitration rules chosen by them*[10].

La CNUDMI, sin embargo, ha emprendido, a petición de varios Estados, la elaboración de un Anexo a su Reglamento de Arbitraje sobre el tema de la "transparencia" del arbitraje internacional. No es claro para nosotros, en este momento, cuál será la suerte de dicho documento.

9. E. Gaillard / P. de Lapasse, "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", *Dalloz*, 2011, p. 188.
10. Cf. Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration, UN Doc. A/CN.9/207, ¶ 17, XII Y.B. UNCITRAL 75, 90 (1981).

Ha sido, en últimas, la jurisprudencia la que ha tratado con detalle el tema de la confidencialidad del arbitraje. Es en ella en donde encontramos la controversia a la que hace referencia Gary BORN. En este orden de ideas, en efecto, algunas cortes consideran que el convenio arbitral comprende implícitamente una obligación de confidencialidad mientras que otras, por el contrario, han sostenido que, para que el arbitraje sea confidencial, es necesario que dicha obligación haya sido pactada expresamente por las partes.

Las cortes que consideran que el convenio arbitral internacional comprende una obligación implícita de confidencialidad son, entre otras, las de Francia (antes del derecho arbitral de mayo de 2011)[11], Inglaterra[12] y Singapur[13]. No sobra resaltar que París y Londres son dos de las sedes más frecuentemente escogidas por las partes para sus arbitrajes comerciales internacionales[14].

Por otra parte, las cortes de Australia[15], Estados Unidos[16], Suecia[17] y Suiza[18] no reconocen la existencia de una obligación implícita de confidencialidad. Fueron, en especial, casos en Australia y Suecia los que pusieron en tela de juicio aquella afirmación sin demostración según la cual del convenio de arbitraje internacional surge una obligación implícita de confidencialidad.

El muy sonado caso australiano (decidido por la High Court of Australia) de 1995 opuso Esso Australia Resources a Plowman[19]. Gary BORN resume este caso de la siguiente manera:

11. *Aïta c. Ojjeh*, Corte de Apelaciones de París, Decisión del 18 de febrero de 1986, *Rev. arb*., 1986, pp. 586 ss.
12. *Hassneh Ins. Co. of Israel c. Mew*, Q.B., [1993] 2 Lloyd's Rep. 243; Cf. también: *Ali Shipping Corp. c. Shipyard Trogir* [1998], English Court of Appeal, 2 All E.R. pp. 136 y ss.; y *Oxford Shipping Co. Ltd. c. Nippon Yusen Kaisha, The Eastern Saga*, Q.B, [1984] 3 All E.R. pp. 835 ss.
13. *Myanma Yaung Chi Oo Co. c. Win Win Nu,* Singapore High Court [2003] S.L.R. p. 547.
14. White & Case y Queen Mary University of London, "2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration", p. 19, http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf (consultado el 21 de septembre de 2012) - Londres (30%), Geneva (9%) y París y Tokio (7%).
15. *Esso Australi Resources Ltd. c. Plowman*, 1995, Australian High Court, XXI *YBCA*, p. 137.
16. *Estados Unidos c. Panhandle Eastern Corp.*, 1988 C.D. Cal., 118 F.R.D. p. 346.
17. *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. c. A.I.Trade Fin. Inc.,* Decisión del 27 de octubre de 2000, Swedish Supreme Court XXVI *YBCA*, 2001, p. 291.
18. Decisión del 19 de junio de 2006, Swiss Federal Tribunal, 24 *ASA Bull*, 2006, p. 761.
19. *Esso Australi Resources Ltd. c. Plowman*, 1995, op. cit.

> *[…] The Esso Australia case presented the question whether one party to an arbitration (in this case, a government utility) could disclose documents produced in the arbitration by the adverse party (specifically, commercially-sensitive information regarding profit margins, petroleum reserves and production costs) to a governmental regulator. The Australian High Court permitted the disclosure, expressly refusing to recognize an implied obligation of confidentiality in an Australian-seated international arbitration on the grounds that confidentiality was not "an essential attribute" of Australian arbitrations nor a necessary aspect of an arbitration agreement governed by Australian law […]* [20].

La decisión Esso Australia, a pesar de negar la existencia de la confidencialidad implícita, delimitó indirectamente su ámbito. En efecto, dicha decisión sostuvo expresamente, en el sentido de lo descrito más arriba, que el arbitraje, aunque era "privado", no era "confidencial".

Por otro lado, el también muy sonado caso sueco que hizo temblar a la confidencialidad del arbitraje comercial internacional fue decidido por la Corte Suprema sueca el 27 de octubre de 2000 en el caso Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. contra A.I. Trade Fin. Inc.[21]. En este asunto, tal y como lo hizo la High Court of Australia en el caso Esso Australia, la Corte Suprema sueca rechazó la existencia de una obligación implícita resultante de todo convenio arbitral internacional. En resumen, la Corte Suprema sueca sostuvo lo siguiente:

A party to arbitration proceedings cannot be deemed to be bound by a duty of confidentiality, unless the parties have concluded an agreement concerning this[22].

Las dos decisiones citadas más arriba dieron lugar a que la Comisión de Arbitraje de la CCI decidiera organizar una Task Force para analizar el tema de la confidencialidad del arbitraje comercial internacional. Luego de arduos trabajos y de notar las

20. G. BORN, op. cit., p. 2262.
21. *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. c. A.I.Trade Fin. Inc.*, op. cit.
22. Ibid, p. 298.

diferencias sobre el tema en jurisprudencias y doctrinas, la Comisión, en especial, recomendó no incluir una cláusula de confidencialidad en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, y dejar que este tema fuera regulado por la voluntad de las partes y las leyes nacionales en materia de arbitraje[23].

Otros reglamentos de arbitraje, por el contrario, sí comprenden una cláusula de confidencialidad que las partes incorporan en su convenio arbitral por referencia al escoger uno de tales reglamentos como conjunto de normas aplicables al procedimiento arbitral. Este es el caso, por ejemplo, de los reglamentos de la SCC, JCAA, LCIA y Suizo del Arbitraje Internacional. El artículo 30.1 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, por ejemplo, dispone lo siguiente:

> *Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain - save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority.*

Sobre la base de todo lo dicho anteriormente, es menester concluir que la confidencialidad del arbitraje comercial internacional es hoy día un problema de técnica contractual. Le corresponderá a las partes y a sus abogados, en efecto, pensar en el tema de la confidencialidad de su arbitraje comercial internacional al redactar el contrato respectivo y su cláusula compromisoria.

23. Reporte de la Comisión de Arbitraje de la CCI sobre el tema de la confidencialidad del arbitraje comercial internacional (no publicado).

2.2 De la confidencialidad como un problema de técnica contractual

Así las cosas, las partes y sus abogados, por una parte, pueden prever la confidencialidad de su arbitraje comercial internacional de 3 maneras distintas:

- Es posible, *en primer lugar*, pactar expresamente la confidencialidad del arbitraje comercial internacional en el texto de la cláusula compromisoria correspondiente. En un texto reciente[24], la Comisión de Arbitraje de la CCI recomienda a las partes en arbitrajes con partes estatales que el siguiente texto sea considerado para pactar dicha confidencialidad:

  > *Unless otherwise provided under the applicable law, ICCarbitration is not confidential per se. To protect confidentiality, states/state entities and their private contractual counterparties may therefore wish to modify the standard ICC arbitration clause as follows:*
  >
  > *All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The parties agree to keep confidential the existence of the arbitration, the arbitral proceedings, the submissions made by the parties and the decisions made by the arbitral tribunal, including its awards, except as required by applicable law and to the extent not already in the public domain.*

- Es posible, en segundo lugar, hacer referencia en el convenio arbitral a alguno de los reglamentos institucionales de arbitraje citados más arriba que prevén expresamente que el arbitraje descrito en sus disposiciones es confidencial (incorporación de la obligación de confidencialidad del arbitraje por referencia); y

24. Report of the ICC Commission on Arbitration Task Force on Arbitration Involving States or State Entities, "Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration", 2012, http://www.iccdrl.com/?AUTH= (consultado el 21 de septiembre de 2012).

- Es posible, por último, estipular en el convenio arbitral que la sede del arbitraje comercial internacional será localizada en uno de aquellos Estados en los que la legislación (Perú) o la jurisprudencia (Francia –antes de mayo de 2011–, Inglaterra y Singapur) consagran una obligación implícita de confidencialidad.

Ahora bien: salvo que, según la primera modalidad descrita más arriba, el ámbito de la obligación de confidencialidad sea precisada, la referencia a un reglamento de arbitraje o a una *lex arbitri* que comprenda una obligación de confidencialidad puede dar lugar a disputas entre las partes en cuanto a su alcance. Dada la dilución de la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, parece ser cada vez más frecuente, en efecto, la situación en que una de las partes solicita expresamente al tribunal arbitral que éste ordene el respeto de la confidencialidad durante el procedimiento arbitral. Si, sobre la base de lo ya dicho, la fuente de la confidencialidad puede ser clara, su ámbito o alcance no se halla siempre definido. Por lo mismo, los árbitros internacionales han desarrollado una práctica según la cual éstos invitan a las partes del arbitraje a suscribir un acuerdo de confidencialidad preparado por aquéllos durante la instancia arbitral con el fin de preservarla.

Las partes y sus abogados, *por otra parte*, pueden preferir que el arbitraje no sea confidencial. De lo ya explicado resulta que dicha finalidad puede ser alcanzada a través de dos maneras distintas:

- En primer lugar, las partes podrían pactar explícitamente que su arbitraje debe ser "transparente" o que no debe ser "confidencialidad"; el problema al respecto será determinar en qué consiste un arbitraje "transparente" o "no confidencial". En el mismo texto citado más arriba, la Comisión de Arbitraje de la CCI, respecto del arbitraje con partes estatales, recomienda lo que sigue:

> *[…] states/state entities and their private contractual counterparties can agree on greater transparency, for example by providing for the award, proceedings or submissions of the parties to be made public. It should be noted that the agreed degree of confidentiality or transparency can be changed in the course of the proceedings […]*[25]*; y*

- Por otro lado, las partes pueden pactar la transparencia implícitamente al no tratar el tema y fijar la sede del arbitraje comercial internacional en un Estado cuyo derecho arbitral haya precisado que el convenio arbitral no produce (implícitamente) una obligación de confidencialidad. Este sería el caso, por ejemplo, de Australia, Estados Unidos, Francia (desde mayo de 2011), Suecia y Suiza.

Todo lo anterior se aplica al arbitraje comercial internacional. Una tercera vía para garantizar, sin pactarla, la no confidencialidad del arbitraje, ha surgido en los asuntos que involucran a un Estado soberano y que pueden ser calificados de arbitrajes de inversiones; en estos asuntos, en efecto, estaría surgiendo una tendencia a consagrar una "transparencia" implícita.

3. De la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional a la transparencia implícita en el arbitraje internacional de inversiones

El interés público involucrado en ciertos asuntos (pensemos, por ejemplo, en temas de salud pública y de medio ambiente) ha hecho, se dice, que los ciudadanos y el público en general tengan interés en conocer lo que está ocurriendo en un arbitraje internacional en el que su Estado es demandado.

25. Report of the ICC Commission on Arbitration Task Force on Arbitration Involving States or State Entities, op. cit.

Dicho interés se ha visto traducido, especialmente por algunas ONGs[26] (cuyas orientaciones ideológicas son más o menos conocidas del público), en el deseo, rápidamente calificado de "derecho", de que los procedimientos arbitrales internacionales que involucren al Estado y conciernan temas de interés público sean "transparentes". Algunos Estados, entre los que se destacan Canadá y los Estados Unidos, han hecho también suya la "lucha por la transparencia"[27]. Quienes reclaman dicha "transparencia", sin embargo, no proponen ninguna definición de este término.

Las palabras "transparencia", "transparentar" y "transparente", que todo el mundo utiliza pero de las que pocos conocen el verdadero significado, son definidas por el Diccionario de Castellano de la Real Academia de la Lengua Española como sigue:

> ***transparencia.*** *f. Cualidad de transparente. // 2. Lámina transparente que contiene dibujos o textos y a la que se pueden añadir datos durante su proyección. // 3. Cinem. Proyección sobre una pantalla transparente de imágenes móviles filmadas con antelación, que sirve de fondo a una acción real.*
>
> ***transparentar.*** *tr. dicho de un cuerpo: permitir que se vea o perciba algo a través de él. // 2. Dicho de un cuerpo: Ser transparente. U.t.c prnl. // 3. Prnl. Dicho de una cosa que no se manifesta o declara: Dejarse descubrir o adivinar en lo patente o declarado. Transparentarse un propósito, el temor, la alegría U.t.c.tr. // 4. coloq. Dicho de una prenda de ropa: Estar demasiado fina por el desgaste. // 5. coloq. Dicho de una persona: Estar demasiado flaca.*
>
> ***transparente.*** *(De lat. Trans-, a través, y parens, -entis, que aparece). adj Dicho de un cuerpo: A través del cual pueden verse los objetos claramente. // 2. Dicho de un cuerpo: translúcido. // 3. Que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse. // 4. Claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad // 5. m. tela o papel que, colocado a modo de cortina delante del hueco de ventanas o balcones, sirve para templar la luz, o ante una luz artificial, sirve para mitigarla o para hacer aparecer en él figuras o letreros. // 6. Ventana de cristales que ilumina y adorna el fondo de un altar (…)*[28].

26. Por ejemplo, World Wildlife Fund (WWF) y Centre for International Enviromental Law (CIEL).
27. Cf. Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de una tercera parte, del 7 de octobre de 2003, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/nondisputing-fr.pdf (consultado el 21 de septiembre de 2012); Declaración del Canadá, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-transparency-alena-transparence.aspx?lang=fra&view=d (consultado el 21 de septiembre de 2012); Cf. también con relación a los Estados Unidos, G. Born, op. cit., p. 2274.

De las definiciones transcritas resulta, antes que nada, que dichos términos han sido insertados en el lenguaje ordinario para calificar objetos del mundo tangible. Así, por ejemplo, las frases "el agua del riachuelo es transparente" o "la transparencia del vidrio es admirable" tienen un sentido inequívoco para nosotros. La frase "el arbitraje de inversiones debe ser transparente", por el contrario, es, por decir lo menos, ambigua. Al haber sido transpuesta sin mayores explicaciones del lenguaje del mundo tangible al del mundo intangible, la palabra "transparente" en la última frase no puede cumplir sino, a lo sumo, una función metafórica.

¿Qué quiere significar la metáfora de la "transparencia" en el mundo intangible y, en especial, en el contexto de un arbitraje internacional de inversiones? No es claro para nosotros que, hasta este momento, sea absolutamente claro lo que la palabra "transparencia" pretende designar en el arbitraje internacional de inversión. Es, por ende, necesario comenzar por presentar la fenomenología de la transparencia en el arbitraje internacional de las inversiones (3.1). Dicha descripción nos enseñará, a su turno, que la "transparencia" produce varios efectos perversos indeseables (3.2).

3.1 Fenomenología de la transparencia en el arbitraje internacional de inversiones

Es quizás posible definir la "transparencia", así sea de forma transitoria, como la ausencia de confidencialidad (3.1.1) o la con-

28. Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., Real Academia Española, 2001, p. 2213.

fidencialidad limitada (que equivale a una transparencia limitada) (3.1.2).

3.1.1 De la transparencia como ausencia de confidencialidad

Según el deseo de quienes reclaman transparencia y la práctica reciente de tribunales arbitrales internacionales de inversión, la transparencia, según su primera acepción de ausencia de confidencialidad, observaría dos manifestaciones.

En primer lugar, la transparencia daría un derecho a terceros, ciudadanos o público en general, a conocer lo que está ocurriendo en un arbitraje internacional de inversiones en el que un Estado es demandado y que concierne el interés público. Este derecho puede ser ejercido, nos parece, durante el arbitraje y después del mismo. Durante el arbitraje, el derecho de conocimiento, según lo que se puede leer hoy día en tratados[29], reglamentos de arbitraje[30], decisiones arbitrales[31] y el proyecto de anexo sobre la confidencialidad de la CNUDMI[32], concierne la existencia del arbitraje, la posibilidad de leer los documentos intercambiados durante la instancia arbitral y la posibilidad de asistir a las audiencias. Después del arbitraje, las mismas fuentes señaladas[33] indican que las partes tienen un derecho a la publicación del laudo arbitral.

29. Por ejemplo, las interpretaciones dadas a los Tratados CIADI y TLCAN; BIT modelo de los Estados Unidos de 2004, artículos 29-1 y 29.2; Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, artículos 10-21-1 y 10.21.2; BIT Modelo elaborado por el Canadá de 2004, artículo 38-3.
30. Reglas de Arbitraje del CIADI, Regla 32-2; Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, Regulación 22.1.
31. Por ejemplo, *Amco Asia Corporation et al. c. Republica del Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión del 9 de diciembre de 1983.
32. CNUDMI, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), "Solución de Controversias Comerciales: Preparación de una Norma Jurídica sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y un Estado", 57º período de sesiones Viena, 1 a 5 de octubre de 2012, http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V12/552/50/PDF/V1255250.pdf?OpenElement, (consultado el 21 de septiembre de 2012), proyecto de artículos 3.1, 3.2 y 7.
33. Reglas de Arbitraje del CIADI, Regla 48-4; CNUDMI, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), op. cit; artículo 4; Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, 10.21.1(e) y 29.1; BIT Modelo elaborado por el Canadá de 2004, artículo 38-3.

Cuando se habla de transparencia, mucho se insiste en las bondades de la publicación de los laudos arbitrales proferidos en arbitrajes internacionales de inversión. Al respecto, dos sofismas son utilizados con alguna frecuencia. Por una parte, la publicidad de los laudos, se dice, contribuiría a la formación de una jurisprudencia arbitral. Todos sabemos, sin embargo, que la expresión jurisprudencia arbitral es un abuso de lenguaje. Por otra parte, se insiste, en el escenario de casos relacionados, en la necesidad de evitar el dictado de decisiones contradictorias. Este problema, sin embargo, no parece poder ser evitado mediante la publicación de los laudos sino a través de figuras procesales como la acumulación de procedimientos.

En *segundo lugar*, la transparencia daría un derecho a terceros de participar en el procedimiento arbitral. Se trata, en este punto, de la posibilidad de presentar memoriales y alegatos orales por parte de *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones[34]. La posibilidad de esta participación fue aceptada en un primer momento por los tribunales arbitrales[35]. Luego, dicha jurisprudencia fue plasmada en varios tratados internacionales[36]. Veamos dos ejemplos:

34. Cf. sobre el tema: B. Stern, "Un petit pas de plus: l'Installation de la Société Civile dans l'Arbitrage CIRDI entre Etat et Investisseur", Volume 2007(1), *Rev. arb*., 2007, pp. 3-43; "Transparence et Participation de Tierces Parties aux Procédures de Règlament des Différends entre Investisseurs et Etats", Déclaration du Comité d'Investissement de l'OCDE, junio 2005, www.ocde.org/investement; E. Levine, "Amicus curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party-Party Participation", Volume 29(1), Berkeley Journal of International Law, 2011; I. Maxwell, "Transparency in Investment Arbitration: Are Amici Curiae the Solution?", Volume 3(2), Kluwer Law International, 2007, pp. 176-186; N. Blackaby / C. Richard, "Amicus Curiae, A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?" en M. Kaushal / A. Kaushal / K. Chung / C. Balchin, *The Blacklash Against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, pp. 253-274; J.A. Vanduzer, "Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation", Volume 52, Revue de droit de McGill, 2007; F. Grisel / E. Viñuales, "L'amicus Curiae dans l'Arbitrage d'Investissement", ICSID Review, Foreign Investment Journal, 2008, pp. 380 ss.
35. *Methanex c. Estados Unidos*, caso CNUDMI, Decisión del 15 de enero de 2001 y *United Parcel Service c. Canada*, caso CNUDMI, Decisión del 17 de octubre de 2001.
36. BIT modelo de los Estados Unidos de 2004, artículo 28.3; Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, artículo 10.20.3; BIT Modelo elaborado por el Canadá de 2004, artículo 39; Acuerdo de libre comercio firmado el 6 de junio de 2003 entre los Gobiernos del Estados Unidos y Chile, artículo 10.19.3; Acuerdo de libre comercio firmado el 15 de junio de 2004 entre los Gobiernos del Estados Unidos y Marruecos, artículo 10.19.3; Acuerdo de libre comercio firmado el 6 de mayo de 2003 entre los Gobiernos del Estados Unidos y Singapur, artículo 15.19.3; Acuerdo de Inversión Internacional firmado entre los Gobiernos del Canadá y Perú, artículo 836 y anexo 836.1; Acuerdo de Inversión Internacional firmado entre los Gobiernos del Canadá e Jordania, artículo 39 y anexo 39.

Primero, en el caso UPS c. Canadá[37], dos sindicatos canadienses requirieron al Tribunal Arbitral su participación en la disputa bajo el fundamento que: (i) tendrían un interés directo en el caso; (ii) podrían traer al procedimiento una perspectiva diferente; y (iii) que su participación promovería la apertura del proceso arbitral. El Tribunal admitió la participación de los sindicatos canadienses en el caso para la presentación de memoriales escritos, aunque no haya permitido la participación de terceros como partes en el procedimiento.

Segundo, el BIT Modelo elaborado por el Canadá de 2004, en su artículo 39.1, establece:

> *Any non-disputing party that is a person of a Party, or has a significant presence in the territory of a Party, that wishes to file a written submission with a Tribunal (the "applicant") shall apply for leave from the Tribunal to file such a submission, in accordance with Annex C.39. The applicant shall attach the submission to the application.*

Con todo, la transparencia referida en las fuentes citadas más arriba no parece, como veremos, ser absoluta.

3.1.2 De la transparencia como confidencialidad limitada

Un segundo sentido de la palabra "transparencia" designaría la necesidad de que el arbitraje de inversiones no fuera confidencial sino en algunos casos excepcionales. La transparencia, en este sentido, tendría dos límites principales.

Primero, los diferentes sistemas de arbitraje internacional utilizados en materia de inversión prevén una excepción a la transparencia cuando es necesario proteger información confidencial. Dicha información puede tratar, por ejemplo, secretos oficiales (como el secreto de defensa) y secretos de orden comercial.

37. *United Parcel Service c. Canada*, op. cit.

La regla 32.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece excepciones al procedimiento de publicidad para proteger información confidencial o privilegiada. Dicha protección también está presente en el artículo 29 del modelo de BIT de los Estados Unidos de 2004 y en el BIT modelo del Canadá de 2004 (artículo 38).

A su turno, las Reglas de la IBA sobre la Obtención de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional prevén la protección de los documentos confidenciales, haciendo referencia explícita a los secretos de Estado[38].

Segundo, parecería existir hoy día una tendencia jurisprudencial a limitar la transparencia en los arbitrajes internacionales de inversión cuando ésta supone que la integridad del procedimiento arbitral está en peligro. Varios tribunales arbitrales CIADI[39] han, en efecto, emitido órdenes procesales destinadas a mantener el status quo y evitar que la desavenencia se agrave.

En el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, el Tribunal, al tiempo que reconoce el carácter público de la controversia, ponderó ser necesario limitar la publicidad del caso para asegurar el buen funcionamiento y la integridad del procedimiento. El fragmento de la decisión transcrito abajo es muy ilustrativo:

> *It is self-evident that the prosecution of a dispute in the media or in other public fora, or the uneven reporting and disclosure of documents or other parts of the record in parallel with a pending arbitration, may aggravate or exacerbate the dispute and may impact upon the integrity of the procedure. This is all the more so in very public cases, such as this one, where issues of wider interest are raised, and where there is already substantial media coverage, some of which already being the subject of complaint by the parties.*[40]

38. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, 1999, artículo 9.2(b)(f).
39. *Amco Asia Corporation y otros c. República da Indonesia,* caso CIADI No. ARB/81.1, Decisión del 9 de diciembre de 1983; *Metalclad Corp. C. México*, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Decisión del 30 de agosto de 2000; *Lowen Group Inc. & Raymond L. Lowen c. Estados Unidos*, No. ARB(AF)/98/3, Decisión del 9 de enero de 2001; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, caso CIADI No. ARB/05/22, Orden Procesal n. 3 del 29 de septiembre de 2006.
40. *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, op. cit., ¶ 136.

Esta segunda excepción al creciente principio de transparencia deja entrever sus efectos perversos.

3.2 Los efectos perversos de la transparencia

Quizás los efectos perversos de la transparencia provienen, como regla general, de su origen ideológico o, si se quiere, político.

La transparencia, en efecto, no ha sido introducida en el arbitraje internacional de inversiones para arreglar un problema de orden técnico-jurídico de dicho mecanismo de resolución de desavenencias. La transparencia, en efecto, no busca hacer que el arbitraje internacional de inversiones sea más eficaz. La transparencia, por el contrario, pretende, se dice, reducir un déficit democrático en el arbitraje de inversión[41].

La premisa mayor de esta posición sería que un arbitraje secreto de cuestiones esenciales para un Estado puesto que conciernen sus valores más esenciales (llamados, en conjunto, "interés público") no sería un mecanismo legítimo de resolución de diferendos. La pregunta (en ocasiones retórica) que formulan los partidarios de la transparencia es la siguiente: ¿cómo es posible que la resolución de asuntos graves que conciernen el interés general sea secreta y no pueda ser conocida y supervisada por los ciudadanos y el público en general?[42]

41. Véase: N. Blackaby, "Public Interest in Investment Treaty Arbitration" en A.J. van den Berg (ed.), *International Commercial Arbitration: Contemporary Questions*, Volume 11, ICCA Congress Series, London, 2002; Mabel I. Egonu, "*Greater transparency in the arbitration proces afford the opportunity, not only to be aware that there is a dispute, but also to question the action of their governments*"; M. Egonu, "Investor-State Arbitration Under ICSID: A Case for Presumption Against Confidentiality?" *JIA* Volume 4(5), Kluwer Law International, 2007, pp. 479-489, 487.; Cindy Buys: "*To the extent that public international arbitrations are made more transparent, democratic ideals are enhanced because the public has the opportunity to observe the process and hold the governments accountable for their action with respect to the arbitration and for the result*", C. Buys, "The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", 14 *ARIA, 2003,* p. 121; C. Rogers, "Transparency in International Commercial Arbitration", Kansas Law Review, 2006; Bocconi Legal Studies Research Paper No. 06-10.
42. Véase: N. Blackaby, op. cit.

Nosotros pensamos, sin embargo, que dicha transparencia, en últimas, puede ser perjudicial para el Estado y sus ciudadanos y criticable desde varios puntos de vista. Cuatro críticas podrían, en particular, ser hechas a la transparencia.

En primer lugar, es posible expresar serias dudas en cuanto a la teoría política detrás de las reivindicaciones de transparencia. Parecería, en efecto, que la concepción política de la transparencia supone una democracia popular altamente participativa. Los ciudadanos, según esta postura, deberían poder controlar todas las acciones emprendidas por el aparato estatal. ¿Es realmente necesario que los ciudadanos controlen todas las acciones de la Administración? ¿No deberían los ciudadanos y el público en general simplemente confiar en los representantes políticos que han elegido?

Lo que es, para nosotros, evidente al respecto es, en segundo lugar, que el control de los ciudadanos y del público en general que resulta de la transparencia puede convertirse en un obstáculo importante en el desarrollo de la estrategia que un Estado adopte en un arbitraje internacional de inversiones. La transparencia o publicidad se ha convertido en una nueva "variable" de la ecuación que inversionistas y Estados receptores de inversión deben considerar en la resolución de sus desavenencias. Cinco ejemplos pueden ilustrar esta crítica:

- el acceso a lo que ocurre en el arbitraje podría permitir a la oposición política del Estado demandado criticar (la mayoría de las veces con motivaciones partisanas) la estrategia adoptada por éste en el arbitraje; dichas críticas, realizadas en foros públicos o a través de los medios de comunicación, por lo general generan, en nuestra sociedad del espectáculo, reacciones de quienes regentan el poder; si tales reacciones, que son declaraciones públicas, no son coordinadas con el equipo de defensa del Estado demandado en el arbitraje, pueden causar perjuicios irreparables en cuanto a la estrategia adoptada en éste;

- la publicación de memoriales y posiciones del Estado puede causar el retorno de la protección diplomática; el Estado del inversionista, en efecto, podría querer intervenir ante ciertas afirmaciones que el Estado demandado –receptor de la inversión– haga;

- la publicidad de los arbitrajes de inversión, además, podría llegar a disuadir inversores potenciales de invertir en el Estado demandado; la paradoja es evidente: un sistema jurídico creado, como lo establecen todos los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, para promover la inversión extranjera, lograría a fin de cuentas que ésta, por lo menos, disminuyera;

- como ya lo mencionamos, la publicidad de los arbitrajes de inversión puede agravar la desavenencia entre las partes; un corolario de esta posible agravación merece ser subrayado; los funcionarios públicos que tengan la facultad de obligar a la Administración tendrán dificultades en celebrar una transacción del litigio cuando éste sea de conocimiento del público y las diferencias entre las partes, según lo ya dicho, se haya politizado; y

- la publicidad del arbitraje de inversiones puede acarrear problemas en materia probatoria; testigos potenciales pueden, en efecto, sentirse intimidados, y funcionarios públicos pueden ser más reacios al ser solicitados para compartir información y entregar documentos.

No sobra precisar que, si el objetivo primordial del arbitraje de inversión es despolitizar las controversias inversionista-Estado[43], la ideología de la transparencia entra necesariamente en colisión, dados los ejemplos descritos más arriba, con dicho objetivo.

43. C. Schreuer, *ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, pp. 416 ¶ 4 y 419 ¶ 14.

En tercer lugar, otro efecto perverso de la transparencia puede ser el aumento de los tiempos y costos del procedimiento. Sobre el particular, los críticos de la transparencia señalan, en particular, los plazos y expensas adicionales que la participación de amicus curiae puede causar en el arbitraje.

Lo ocurrido en el caso Glamis Gold[44] ilustra bien esta crítica. En dicho caso, en efecto, el Tribunal aceptó, en una fase inicial, la intervención de un tercero interesado en la disputa, Quechan Indian[45], bajo los argumentos de (i) que la participación de terceros estaba de acuerdo con la intención de las partes contratantes del TLCAN y (ii) que dicha participación no causaría dilaciones indebidas en el procedimiento. Sin embargo, más tarde, tres otras empresas[46] solicitaron su participación en el procedimiento, al mismo tiempo que Quechan Indian también había solicitado que se presentase un nuevo memorial, totalizando, así, cinco memoriales en el mencionado procedimiento. Aunque el Tribunal haya limitado el número de páginas de esos documentos a no más de veinte, no se puede negar que la participación de terceros en calidad de amicus curiae puede traer consecuencias negativas al procedimiento.

Por último, la ideología de la transparencia ha causado un deseo desenfrenado de legislar sobre la materia tanto al nivel de los Estados como al nivel de la CNUDMI. Nosotros pensamos, sin embargo, que regular todo lo relativo al arbitraje internacional (i) es una actitud contraria a la flexibilidad que hace su esencia y (ii) le resta a la institución su finalidad de ser, como ya lo explicamos, un mecanismo alternativo de resolución de desavenencias.

44. *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos*, Caso CNUDMI, en particular las Decisiones del 16 septiembre 2005 y del 10 de octubre de 2006.
45. Quechan Indian Nation of Fort Yuma Arizona and California USA.
46. Friends of the Earth Canada and Friends of the Earth United States, National Mining Association y Sierra Club and Earthworks.

4. Conclusión

¿Qué se puede decir en conclusión? ¿Que la confidencialidad del arbitraje comercial internacional es un mito (se trataría hoy día de un problema de técnica contractual) y que la transparencia del arbitraje internacional de inversiones proviene de una ideología ajena al interés de resolver litigios bien y rápido que ha puesto en riesgo las estrategias procesales de inversionistas y Estados? No nos resta, con todo, sino esperar que, ante mitos e ideologías (dogmatismos), el pragmatismo subyacente e inveterado del arbitraje internacional prevalecerá.

CORONEL & PEREZ
ABOGADOS

Guayaquil
Edificio La Previsora
Av. 9 de Octubre N. 100 y Malecón
Tel.:(593) 42519900
Fax: (593) 42320657

Quito
Edificio Renazzo Plaza
Av. de los Shyris N. N35 - 174
Tel.: (593) 26014000
Fax: (593) 26014001

www.coronelyperez.com

¿Cabe la aplicación del principio *iura novit curia en el arbitraje comercial*?

Rodrigo Jijón L.
Daniela Paez

Sumario

1. Introducción **2.** Excepciones **3.** Aplicación del *iura novit curia* en el arbitraje internacional **3.1** Primera aproximación al *iura novit curia*: ¿El árbitro conoce el Derecho? **3.2** ¿Es aplicable el *iura novit curia* en su segunda aproximación? **4.** Limitaciones al principio **4.1** El derecho a la defensa y la garantía del debido proceso **4.2** La imparcialidad de los árbitros **4.3** El vicio de incongruencia en los laudos **5.** Dificultades y confusiones en la aplicación del *iura novit curia* **5.1** Primer caso **5.2.** Segundo caso **5.3** Tercer caso **6.** Conclusión

"Venite ad factum. Curia iura novit,
da mihi factum et dabo tibi ius"

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es analizar la conveniencia y posiblemente, la necesidad de que los árbitros, en asuntos de naturaleza comercial, apliquen el aforismo conocido como *iura novit curia* para sustanciar o resolver un litigio.

Sobre el origen histórico del aforismo *iura novit curia* se conoce que era invocado como traducción latina de una expresión empleada por los jueces en el siglo XIII quienes, frente a las interminables discusiones mantenidas por los abogados sobre las

cuestiones de derecho con descuido de los hechos, los interrumpían a los letrados diciendo: "aténgase el letrado a los hechos, que el juez conoce el derecho"[1].

En realidad, el principio no es romano sino medieval, pero tiene su fundamento en Roma. Cuando el juez desconocía el derecho, lo cual era frecuente porque era un particular, acudía a los jurisprudentes o al propio emperador a consultar.[2]

En la actualidad, podemos diferenciar dos aproximaciones de este principio en el derecho procesal. La primera sostiene que el aforismo hace alusión tanto a la función del juez como a su profesionalismo, es decir, a la presunción de que es él quien conoce el derecho aplicable a la situación que debe juzgar sin importar que haya sido alegado por las partes.

El juez está obligado a resolver el caso sin que pueda alegar oscuridad o falta de norma para resolver. Menos aún podría el juez dejar de emitir sentencia con el argumento de que el derecho aplicable no fue invocado por las partes o sus abogados. Este principio es consecuente con el de la tutela judicial efectiva y la obligatoriedad de administrar justicia por parte de los jueces.

Por razones históricas, se incluyeron en el Código Civil algunas de las reglas que deben seguir los jueces al conocer y resolver disputas. Entre esas reglas, destacamos la siguiente:

> *Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:*
> *7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.*

El mismo principio lo recoge, mucho más tarde, el Código Orgánico de la Función Judicial:

1. Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. 2da Ed. Buenos Aires: Ediar, 1957, p. 247.
2. Ortega, Javier *et. al*. *Principios de Derecho Global: 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados.* Navarra: Editorial Arazandi, 2006, p. 244.

> *Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.*
> *No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.*

Por otro lado, la segunda aproximación al *iura novit curia* se refiere a la aplicación del principio por el cual las partes proponen los hechos y el juez aplica el derecho.

La anterior es una presunción que se operativiza en el ámbito del proceso y que sustenta la distribución de cargas entre las partes y el órgano jurisdiccional. Dado que el órgano jurisdiccional conoce el derecho aplicable al litigio, las partes están exentas de la necesidad de probar los materiales jurídicos.

De esta aproximación surge una derivación secundaria, según la cual, el juez conoce el derecho y debe resolver un caso y aplicarlo independiente a las alegaciones de las partes. Y de ella, nace el principio según el cual el órgano técnico encargado de aplicar el derecho, tiene el deber de suplir la ignorancia o de subsanar el yerro de las partes al fundar normativamente sus pretensiones, poniendo todos los medios de investigación necesarios para procurarse el conocimiento del derecho vigente, incluso fuera del proceso.[3]

Justamente, este principio ha sido recogido en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano que permite a los jueces suplir los errores de derecho de las partes:

> *Art. 280.- Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.*

3. Peyrano, Jorge. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978, p. 96.

Finalmente, quisiéramos referirnos a una última aplicación del *iura novit curia*, conocida como la aportación de oficio del derecho aplicable por parte del juzgador. Notamos que esta aplicación provoca conflictos con el principio dispositivo impuesto por la Constitución de la República[4] en el proceso civil así como con los principios de imparcialidad del juez y congruencia de las sentencias.

De acuerdo a esta aplicación, el juzgador conoce el derecho y no se encuentra subordinado a las alegaciones jurídicas que hagan las partes, pudiendo estimar que ninguna de ellas es aplicable al caso. Ante esta situación, el juez podría formular su propia calificación jurídica, esto es, una "tercera opinión" con la que resuelve la disputa.

El Código Orgánico de la Función Judicial también se adhiere a este principio al apuntar:

> *Art. 129.- FACULTADES Y DEBERES GENERICOS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos:*
> *1. Aplicar la norma constitucional y la de los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella;*
> *2. Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente;*

2. Excepciones

A pesar de que podría creerse que el principio en estudio es de aplicación universal, tal generalización sería absolutamente incorrecta. En primer lugar, debemos recordar que este principio ni siquiera es conocido en las jurisdicciones del *Common Law* en

4. El Artículo 168 de la Constitución establece que: La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

donde prevalece el sistema adversarial, en el que son las partes las que aportan la integralidad del debate.[5]

La segunda excepción a la presunción de conocimiento judicial del derecho la encontramos cuando el juez resuelve un caso aplicando criterios impuestos por la costumbre, especialmente en el ámbito mercantil, donde la costumbre es fuente de derecho[6]. En este caso, el principio analizado no puede aplicarse pues quien pretenda que se le aplique una costumbre en un juicio, tiene que alegar y probar la existencia y vigencia de la misma.

Asimismo, es bien conocido en el derecho internacional privado, que cuando los jueces locales deben aplicar derecho extranjero, las partes están obligadas a probarlo, tal como si fuera un hecho.[7] Es decir que, como el juez nacional no conoce el derecho extranjero o al menos no esta obligado a conocerlo, la parte que lo alega está obligada a probarlo si quiere beneficiarse de sus estipulaciones.

No obstante, y con el solo fin de ampliar la visión tradicional según la cual el derecho extranjero se prueba ante el juez nacional, es interesante recoger el contenido del artículo 133 del Código Modelo Procesal para Iberoamérica que no exige prueba del derecho extranjero:

> *El derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal o las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo.*

Se limita también la posibilidad de que el juez aplique derecho no invocado cuando el juez debe conocer un caso en la etapa de impugnación. En Ecuador, por ejemplo, la jurisprudencia enseña que los jueces de casación no tienen facultad para resolver

5. Lew, Julian *et al*. *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya: Kluwer Law International, 2003, pp. 725-726.
6. El Artículo 4 del Código de Comercio establece que: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años."
7. Guzmán, Diego. *Tratado de Derecho Internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 342.

un recurso en base a normas legales no alegadas por los recurrentes.[8]

Finalmente, de forma anecdótica nos referimos a otras excepciones a la presunción de que el juez siempre conoce el derecho, presunción en la que se fundamenta el *iura novit curia.* Estas han sido recogidas por el tratadista Sentís Melendo y tratan sobre experiencias en los que la ley asume, quizás sabiamente, que los jueces no necesariamente conocen todo el derecho y acude en su ayuda. El autor menciona a los "diseurs de droit" alemanes (Rechtsprecher, Rechtsweiser) quienes realizaban los proyectos de sentencias para los jueces; los "rachimbourgs" franceses que eran investigadores de la ley y preparaban el fallo para los juzgadores; los asesores de los juzgadores italianos de la Edad Media, que absolvían las consultas de éstos; la obligación de los jueces alemanes del siglo pasado de solicitar un dictamen a una Facultad de Derecho; la institución del abogado asesor de los jueces municipales en la legislación española; y la de los jueces asociados y asesores prevista en el procedimiento civil venezolano, que en muchos casos se unían para dictar sentencia.[9]

Dicho sea de paso, en países en los que la formación de los jueces, utilizando una expresión políticamente correcta, está "en desarrollo", algunas de estas alternativas podrían ser consideradas para garantizar el acierto en las decisiones y una adecuada motivación de la sentencia.

Los ejemplos antes referidos simplemente nos muestran que el presupuesto de que los jueces conocen el derecho no es de carácter absoluto.

8. Ver por ejemplo: Corte Nacional de Justicia, Caso Fernando Peña Cuesta y otra c. Iván Neira Moscoso, Sentencia de 23 de marzo de 2004 publicada en Serie 17, Gaceta Judicial 24 de 15 de marzo de 2004, la Sala de lo Civil y Mercantil sostuvo: "No está por demás decir que la correcta formulación del recurso de casación por esta causal y en general, de todas las causales de casación, corresponde al recurrente, ya que siendo el recurso de casación de carácter extraordinario y formalista, a este Tribunal le está prohibido realizar interpretaciones análogas o extensivas, menos aún suplir las omisiones en que ha incurrido el recurrente."
9. Sentís Melendo, Santiago. "Iura novit curia". *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVI. Buenos Aires: Editorial Driskill, 1978, pp. 937-941.

3. Aplicación del *iura novit curia* en el arbitraje internacional

Una vez que nos hemos referido de forma general a los fundamentos y excepciones del principio y su aplicación, analizaremos su potencial empleo en el arbitraje.

3.1 Primera aproximación al *iura novit curia*: ¿el árbitro conoce el derecho?

La aplicación del principio *in comento* en el arbitraje internacional trae problemas especiales. El primero es la acumulación de reglas y leyes que normalmente se presenta en el arbitraje internacional. Podría ser que los árbitros deban lidiar con al menos 4 leyes distintas: la ley aplicable al fondo de la controversia, la ley aplicable al convenio arbitral, la *lex arbitri* y el reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje.

Ante este complejo escenario, ¿se puede asumir que el árbitro conoce todo el derecho?

De acuerdo con estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional –CCI– en el año 2009 se aplicó el derecho de 91 países diferentes en 817 casos.[10] Difícil afirmar, menos presumir, que en el arbitraje internacional los árbitros siempre "conocen todo el derecho"; y es justamente por esta realidad, que las partes se sirven de expertos en derecho local para realizar sus aseveraciones jurídicas ante los árbitros.

De hecho, las partes presentan sus argumentaciones sobre las normas que consideran aplicables al caso. Para ello, utilizan doctrina y jurisprudencia local así como informes de expertos en ese derecho. Por estas particularidades, se ha llegado a sostener que

10. ICC Bulletin, Volúmen 21(1) 2010, p. 12; citado en: Blackaby, Nigel y Chirinos, Ricardo. "Consideraciones sobre la aplicación del principio Iura Novit Curia en el arbitraje comercial internacional", *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*. Vol. 6, 2003, p. 82.

en el arbitraje internacional no existe un foro nacional o ley extranjera. Solo existe la ley aplicable para cada caso en concreto.[11]

La siguiente pregunta que debemos plantearnos es acerca de la conveniencia de que los árbitros conozcan el derecho aplicable. *Prima facie*, parecería incontrastable su utilidad pero eso no es necesariamente cierto en el arbitraje internacional. En muchos casos, a la hora de seleccionar a los árbitros en litigios internacionales, las partes escogen como árbitros a personas no formadas en el derecho que va a aplicarse al fondo de la controversia por razones de neutralidad. En otros casos, es preferible escoger un árbitro con experiencia sustancial o conocimiento especializado y técnico en cierta área del derecho.

Finalmente, quisiéramos retornar al punto de la costumbre mercantil como una de las excepciones al *iura novit curia*. En la actualidad, muchas de las transacciones comerciales internacionales se realizan en base a la costumbre internacional, a las prácticas de los comerciantes y a los usos mercantiles generalmente aceptados; todos ellos recogidos en la *lex mercatoria*.

Recordemos que la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, contempla los usos mercantiles como una de las fuentes a las que pueden recurrir los árbitros para fallar:

> *Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio*
> *4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.*

En conclusión, en el arbitraje internacional el presupuesto de que los árbitros conocen el derecho es, por decirlo en términos livianos, debatible.

11. Lew, Julian *et al.* Comparative International Commercial… *Óp. cit.*, p. 444.

3.2 ¿Es aplicable el *iura novit curia* en su segunda aproximación?

Como se revisó anteriormente, la segunda aproximación al principio se refiere a las facultades que tiene el juzgador para suplir errores de derecho incurridos por las partes o incluso, hacer su propia calificación jurídica de los hechos, diferente a la propuesta por los litigantes.

El tema se ha debatido entre los estudiosos del arbitraje internacional y hay posiciones contradictorias:

a) Posturas que niegan su aplicación:

La posición más cerrada con respecto a este principio es defendida en Francia por el profesor Yves Derains quien ha manifestado que "el principio del *iura novit curia* no tiene lugar en el arbitraje"[12]. De la misma manera, los profesores Fouchard, Gaillard y Goldmann sostienen que la utilización del principio es inadecuada en el contexto del arbitraje y por lo tanto apoyan que éste no sea aplicable bajo el sistema arbitral francés.[13]

Asimismo, los defensores de esta posición argumentan a su favor el hecho de que la mayoría de reglamentos de centros de arbitraje internacional en el mundo, entre ellos el de la CCI, no recogen el principio.

Bajo esta postura, la aplicación del *iura novit curia* constituye una intromisión inadmisible de las partes en el debate procesal, atenta contra la imparcialidad de los árbitros, violenta los derechos de contradicción y de defensa y produce sentencias que no guardan congruencia con el proceso arbitral.

b) Posturas que aceptan su aplicación:

12. Derains, Yves. "Observations – Cour d'appel de Paris (1er Ch. C) 13 novembre 1997" – Lemeur v. SARL. Les Cités Invisibles. *Revue de l'Arbitrage*. No. 8. Kluwer Law International, 1998, p. 711.
13. Fouchard, Philippe *et al. Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 692.

Por otro lado, algunos países de Europa sí han aceptado la aplicación del *iura novit curia* en arbitraje. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Suiza ha mostrado su aceptación en varias sentencias. Usualmente, se considera que el primer precedente se encuentra en la sentencia de 1994 del caso Westland Helicopters Ltd c. The Arab British Helicopter Company.

El Tribunal expresó que "siempre que las conclusiones a las que llegue el tribunal arbitral hayan sido motivadas de manera suficiente, los árbitros no están sujetos a los argumentos invocados por las partes en virtud del principio *iura novit curia*."[14] Además, sostuvo que un tribunal arbitral no incurre en incongruencias *ultra* o *extra petita* si considera para resolver medios de derecho que no han sido invocados por las partes, ya que esto simplemente sería una recalificación de los hechos del caso.[15]

Posteriormente, en otro caso del año 2003, el Tribunal Federal volvió a considerar que el principio *iura novit curia* sí es aplicable al arbitraje. Por consiguiente, los árbitros no están limitados por los fundamentos de derecho presentados por las partes y podrían aplicar otros principios o disposiciones para resolver la disputa.[16]

Asimismo, la Ley de Arbitraje de 1996 inglesa establece en el artículo 46(1)(b) que "el tribunal decidirá la controversia conforme a la ley pactada por las partes u otras consideraciones acordadas por ellas o determinadas por el tribunal"[17]. Es decir, parecería que permite al tribunal realizar sus propias consideraciones sobre el caso, independientemente de los argumentos alegados por las partes.

14. Tribunal Federal de Suiza. Westland Helicopters Ltd. c. The Arab British Helicopter Company (ABH) y el tribunal arbitral, Caso No. DFT 120 II 172 de 19 abril, 1994.
15. *Ibídem*.
16. Citado en: Lohmann, Guillermo. "El Aforismo Iura Novit Curia Y Su Posible Aplicación En Laudos Arbitrales". *El Arbitraje en el Perú y el mundo.* Perú: Ediciones Magna, 2008, pp. 106-106.
17. El artículo 46 establece que:
"46. Rules applicable to substance of dispute.
(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute—
(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or
(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal."

En el mismo sentido, el artículo 22(1)(c) de las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres de 1998 establece lo siguiente:

> *Salvo que las partes en cualquier momento acuerden algo distinto por escrito, el Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, pero en cualquier caso luego de dar a las partes una oportunidad razonable para expresar su posición: […]*
> *(c) realizar las indagaciones que a juicio del Tribunal Arbitral sean necesarias u oportunas, incluyendo si, y en qué medida, el Tribunal Arbitral debe por sí mismo tomar la iniciativa de identificar los asuntos y determinar los hechos relevantes y el derecho o las reglas de derecho aplicables al arbitraje, al fondo de la disputa entre las partes o al Acuerdo de Arbitraje.*[18]

Con estos ejemplos se ha podido ilustrar la aplicación del principio *iura novit curia* en arbitraje comercial: por un lado, las cortes suizas reconocen el poder que tienen los jueces para determinar por sí mismos el derecho aplicable a los casos que resuelven y, por otro, la legislación arbitral inglesa permite a los árbitros determinar por su cuenta las cuestiones aplicables a las disputas que se les presentan.

c) Postura intermedia:

Una tercera postura se inclina por una aplicación limitada del principio i*ura novia curia*, siempre que se consideren importantes adaptaciones y restricciones propias del arbitraje internacional.

Es menester que el árbitro cumpla con su obligación de dictar un laudo válido y ejecutable para lo cual debe observar ciertos principios básicos que envuelven el derecho al debido proceso como lo son los principios de contradicción, imparcialidad y derecho a la defensa.

18. Ver Blackaby, Nigel y Chirinos, Ricardo. "Consideraciones sobre la aplicación… *Óp. cit.*, p. 80.

Esta posición ha sido perfectamente resumida por Nigel Blackaby, quien sostiene que:

> *[…] para que el principio iura novit curia pueda ser aplicado en el contexto del arbitraje comercial internacional, dicho principio debe ser abordado desde una postura intermedia y sufrir una importante adaptación de forma que ciertas manifestaciones del mismo puedan ser aceptadas en casos excepcionales como una herramienta para que los árbitros puedan cumplir cabalmente con los deberes inherentes a su función decisoria, incluyendo el deber de no exceder la jurisdicción que les ha sido conferida, de dictar laudos válidos, ejecutables y apegados al derecho aplicable, de actuar en forma imparcial y de garantizar a las partes en todo momento derechos fundamentales derivados del debido proceso, como lo son el derecho a ejercer su defensa en forma adecuada y oportuna, así como el derecho a ser tratadas con igualdad.*[19]

Para esta corriente la aplicación de este principio es excepcional y, en caso de que el tribunal llegue a la conclusión de que debe resolver en base a una norma no alegada por las partes, debe ponerla en conocimiento de las partes y permitirles alegar sobre esa norma antes de dictar el laudo. De esta forma, el árbitro garantizaría los principios de contradicción y derecho a la defensa sin dejar de cumplir con su deber de dictar un laudo válido y ejecutable.

Por ejemplo, en otro caso resuelto por el Tribunal Federal suizo en el año 2009 se estableció límites claros con respecto al derecho a la defensa cuando los árbitros aplican *iura novit curia* para resolver las controversias.[20] Recordemos que Suiza es uno de los primeros países que reconoció la aplicación de este principio en arbitraje, y aun así, los tribunales ordinarios se han manifestado en contra de su aplicación absoluta.

19. *Ibíd.,* p. 78.
20. En el caso 4A_282/2013, el máximo tribunal suizo declaró nulo un laudo resuelto por un tribunal de arbitraje deportivo en el que se aplicaron normas de derecho suizo, no invocadas por las partes, para declarar la nulidad de un contrato de licencia FIFA relacionado con un jugador brasileño. La demanda fue interpuesta ante el Tribunal Arbitral del Deporte por el agente del jugador por habérsele negado su comisión en la transferencia del jugador. Cuando el agente apeló la decisión el Tribunal suizo anuló el laudo por violación al derecho a la defensa. El Tribunal llego al punto de decir que los árbitros no pueden sorprender a las partes. *Vid.,* Tribunal Federal de Suiza. Sentencia de 9 de febrero de 2009. Caso No. 4A_400/2008. Disponible en: http://www.swissarbitrationdecisions.com/annulment-of-an-award-by-the-federal-tribunal-because-of-the-use#footnote1_fwxa66t

4. Limitaciones

Ahora, abordaremos de forma más específica cada una de las limitantes del principio *iura novit curia* que deben observar los árbitros en aras de cumplir con su deber de dictar un laudo válido y ejecutable.

4.1 El derecho a la defensa y la garantía del debido proceso

En el año 2007, la Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales anuló un laudo arbitral por la indebida aplicación del principio *iura novit curia* en el caso OAO Northern Shipping Company vs. Remolcaderos de Marín SL. En este caso, los abogados de los vendedores habían procedido a formular sus alegatos asumiendo que un aspecto determinado no estaba en disputa y, por tanto, no debía ser desarrollado. El tribunal arbitral, sin embargo, utilizó este aspecto como uno de los pilares para su conclusión sin haber invitado a las partes a pronunciarse al respecto. La Alta Corte de Justicia concluyó que esto configuraba una "seria irregularidad" capaz de provocar una "injusticia sustancial" para los compradores, por lo cual procedió a la anulación del laudo según los términos de la Ley de Arbitraje de 1996.[21]

Como se puede ver, el problema que aparece en este tipo de casos es que no permiten que las partes se pronuncien respecto a los argumentos decisivos utilizados por el tribunal arbitral. De allí nace una clara afectación los derechos de contradicción, de defensa, y por lo tanto, al debido proceso.

Los árbitros deben permitir a las partes pronunciarse sobre la aplicación de cualquier norma jurídica inesperada, con el fin

21. Blackaby, Nigel y Chirinos, Ricardo. "Consideraciones sobre la aplicación…" *Óp. cit.*, p. 85.

de garantizar un debido proceso y deberán otorgarles la oportunidad de presentar su caso a efectos de respetar el principio de contradicción.

Sobre este punto, Fouchard, Gaillard y Goldman sugieren una solución práctica: los árbitros deben ofrecer la oportunidad de discutir la norma jurídica que se piensa aplicar. La excepción a esta regla sería si:

> *[L]a norma invocada por los árbitros es tan general en su naturaleza, que debió haber estado incluida implícitamente en las alegaciones, por lo que los árbitros pueden prescindir de la necesidad de convocar a un debate específico sobre ese punto. Este será el caso, por ejemplo, del principio de buena fe en la ejecucion de los contratos […].*[22]

Permitir a un tribunal arbitral decidir una controversia con base en argumentos totalmente nuevos que no fueron debatidos por las partes durante el proceso será necesariamente contrario al derecho a la defensa pues se está privando de la oportunidad de expresar su posición y exponer sus alegatos respecto a normas en base a las cuales el tribunal resolverá.

La imparcialidad de los árbitros

La imparcialidad es uno de los elementos más importantes para la administración de justicia. Es más, la imparcialidad como tal no es insuficiente: se exige, además, la apariencia de imparcialidad.

Cuando el árbitro suple errores de una parte y altera el resultado del juicio la apariencia de imparcialidad se ve seriamente afectada. Recordemos que tradicionalmente los litigantes tienen la carga de probar los hechos y de alegar el derecho mientras que es obligación de los árbitros resolver la disputa de acuerdo a lo alegado y probado dentro del proceso.

22. Fouchard, Philippe *et al*. *Fouchard, Gaillard, Goldman…*, *Óp. cit.,* p. 950.

Sería muy peligroso para el sistema arbitral que, con justificación en el *iura novit curia*, el árbitro salga en busca de argumentos legales o pruebas que puedan beneficiar a una de los contendientes.

Precisamente por estas razones, la Asociación de Derecho Internacional (International Law Association) ha reconocido que "los árbitros que intenten desarrollar cuestiones de derecho en estricta aplicación del *iura novit curia* corren el riesgo de quitarle el arbitraje a las partes y mostrarse parcializados".[23]

4.3 El vicio de incongruencia en los laudos

El principio de congruencia ordena que el contenido de la resolución de los árbitros guarde relación con las pretensiones de las partes.

Cuando los árbitros resuelven más de lo que se les ha pedido o dejan de resolverlo, han incumplido o se han excedido en su mandato y el laudo puede ser anulado por las cortes de la sede del arbitraje o denegada su ejecución en cualquier otro Estado.

El principio de congruencia impone varias limitaciones a los árbitros. Primero, ellos no pueden basar sus decisiones en argumentos que no hayan sido expuestos por las partes. De ahí la máxima *ultra id, quod in iudicium a partibus deductum, est, postestas judicis excedere non potest* (la potestad del juez no puede exceder de lo deducido en el juicio por las partes)[24]. Este principio es reconocido en el derecho procesal y se lo conoce como el principio de verdad procesal. Incluso, ha sido establecido de forma expresa en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial:

> *Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes.*

23. International Law Association, Final Report on Ascertaining the Contents of the Applicable Law en International Commercial Arbitration, 2008, p. 22.
24. Cappelletti, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. La Plata: Librería Editora Platense, 2002, p. 320.

Segundo, los árbitros no pueden conceder a las partes más de lo que éstas buscaban en sus reclamaciones. Justamente, en el caso Louis Dreyfus c. Holding Tusculum B.V., la Corte Superior de Quebec anuló un laudo arbitral que había concedido al demandante algo distinto a lo que había solicitado en su petitorio, basándose en argumentos que no habían sido desarrollados durante el proceso.[25]

5. Dificultades y Confusiones en la aplicación del *iura novit curia*

Para ilustrar la dificultad en la aplicación del principio en estudio, proponemos tres casos que ilustran los supuestos en los cuales un árbitro debería meditar a fondo si aplicarlo o no en un proceso arbitral:

5.1 Primer Caso

Demanda por incumplimiento contractual:

Vamos a asumir que A demanda a B por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual. A se limita a solicitar el resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante y nada dice de los posibles daños morales o reputacionales. B se defendió alegando que no incumplió el contrato.

En el proceso arbitral, A no logra demostrar el incumplimiento contractual pero se establece, de manera categórica, que B ejecutó actos paralelos al contrato que han afectado el buen nombre y la reputación de A y, que si bien no afectaron la ejecución del contrato entre A y B, han sido la causa para que contratos celebrados por A con terceros, fueran cancelados.

25. Corte Superior de Québec. Caso Holding Tusculum B. V. c. Louis Dreyfus S.A.S. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Disponible en: http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=960

La Pregunta es: ¿Puede el tribunal arbitral, en consideración a la prueba actuada, condenar a B al resarcimiento de daños y perjuicios morales?

Comentario:

A nuestro juicio el problema que este caso plantea no es exactamente la aplicación del *iura novit curia*. Además de la dificultad que podría generar el alcance de la cláusula arbitral, lo que estaría en discusión en este ejemplo es si los árbitros podrían conocer una pretensión que no fue planteada en la demanda. Nos parece importante dejar en claro que el *iura novit curia* permite a los jueces aplicar una norma legal que no fue invocada pero en ningún caso modificar las pretensiones de las partes ni los hechos en los que fundan esas pretensiones.

5.2 Segundo Caso

Vamos a asumir que A y B, que son los operadores más importantes en la provisión de cierto tipo de servicios en un país, celebran un acuerdo para la fijación de precios al consumidor. En virtud de este acuerdo establecen que sólo pueden bajar los precios en ciertas circunstancias y siguiendo un procedimiento específico. Convienen, además, que si uno de ellos incumple este acuerdo debe pagar una multa al otro.

Por razones comerciales, B pierde una considerable participación en el mercado y decide bajar los precios sin cumplir el procedimiento acordado. A demanda el incumplimiento del acuerdo y el pago de la multa. B niega haber incumplido el acuerdo.

Los árbitros concluyen que B efectivamente violó el contrato y debería pagar la multa.

Ninguna de las partes alegó que el contrato era nulo por violar las leyes de competencia.

La pregunta es: ¿Puede el tribunal arbitral declarar la nulidad del contrato aunque ninguna de ellas lo haya alegado?

Comentario:

En nuestro criterio, este parecería ser un caso límite en el que la aplicación del *iura novit curia* por parte de los árbitros respondería a un imperativo de orden público y que, su falta de aplicación, pondría en peligro la posible ejecución del laudo y la seriedad del sistema arbitral.

Aunque ninguna de las partes alegue la nulidad del acuerdo de fijación de precios, los árbitros deberían declararlo nulo. Hay pocos argumentos para defender la no aplicación del *iura novit curia* en un caso como este.

5.3 Tercer Caso

El supuesto ahora es el siguiente: en 1990, A y B suscribieron un contrato de franquicia por el que A permitió que B utilice su nombre e imagen para la operación de un hotel en otro país. En el año 1995 A dio por terminado el contrato de franquicia de manera unilateral.

A partir de esa fecha las partes discutieron alternativas para solucionar el conflicto sin llegar a un acuerdo.

En 2011, B demandó por daños y perjuicios derivados de la terminación unilateral. A se defendió con el argumento de que la Cláusula 13 del contrato le facultaba ha terminarlo. En el proceso arbitral, B sostuvo que en el derecho de fondo aplicable al contrato, la cláusula contractual por la que una parte se reserva el derecho a terminar el contrato de manera unilateral, es ilegal.

En su análisis del proceso, los árbitros encuentran que la cláusula 13 es ilegal; sin embargo, piensan que el derecho a reclamar

daños y perjuicios por la terminación ocurrida en 1995 ha prescrito.

La pregunta es: ¿Pueden los árbitros desechar la demanda, aplicando la figura jurídica de prescripción?

Comentario:

Creemos que los árbitros no pueden rechazar la demanda aplicando de oficio las normas sobre la prescripción extintiva. La prescripción es una defensa que opone el demandado por lo que nuevamente creemos que este parecería ser un caso de innovación de pretensiones y no de innovación de derecho.

En el derecho ecuatoriano existe abundante jurisprudencia que exige que la prescripción sea expresamente alegada en la contestación a la demanda.[26] Por supuesto, la lógica detrás de esta posición es que se puede renunciar a la prescripción. También podrían haber hechos o circunstancias que interrumpen el transcurso del tiempo para que opere la prescripción. Si en el juicio, no se discutió la prescripción, los jueces no habrían podido conocer la existencia o no de esos hechos o circunstancias por lo que mal podrían declarar, de oficio, extinguida una obligación por prescripción.

6. Conclusión

Si bien la tradición jurídica continental acepta de manera bastante generalizada la aplicación del principio *iura novit curia* en las instancias judiciales, su aplicación en foros arbitrales internacionales debe ser excepcional.

Reiteramos, no podemos sostener que un árbitro conoce el derecho a aplicar en los casos que conoce. Resulta aventurado

26. Ver por ejemplo la resolución del recurso de casación presentando en dentro del proceso resuelto por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en el caso Laureano Macas Puchaicela y otra c. Antonia Macas Guamán, Juicio No. 2012-0647 (sentencia no publicada).

sostener la presunción de que "el juzgador conoce el derecho", aplica de manera extensiva en arbitraje internacional.

Debe, además, señalarse que un árbitro no puede fundar su decisión en hechos no alegados a lo largo del proceso. En efecto, el árbitro no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados. En caso de hacerlo, es muy probable que el laudo sea anulado por violar garantías básicas del debido proceso.

Asimismo, el árbitro no puede modificar las pretensiones de las partes, cuando lo que piden es menos o diferente a lo que el régimen jurídico les ofrece. Un árbitro que beneficia a uno de los contendientes con tal modificación, incumpliría su deber de actuar de forma imparcial e independiente.

Las posiciones más liberales sobre la aplicación del principio, propugnan que eventualmente, el árbitro podría modificar el fundamento legal de demandado o demandante pero siempre manteniendo los hechos alegados y las pretensiones. En estos casos, debe siempre permitirse a las partes pronunciarse sobre las normas jurídicas que éste considera aplicables para permitirles ejercer su derecho a la defensa.

En síntesis, en el arbitraje internacional el principio *iura novit curia* debería aplicarse de manera excepcional en aquellos casos donde su no signifique una afectación de orden público.

"La única guía del hombre es su conciencia y la única protección para su memoria futura es rectitud y sinceridad de sus acciones".
W. Churchill

ROMERO ARTETA PONCE
A B O G A D O S

Estamos facultados para practicar derecho en Ecuador
y dar asesoría legal a través
de firmas relacionadas en Latinoamérica

Av. 12 de Octubre N. 26-97 y A. Lincoln. Edificio Torre 1492 8vo Piso.
Quito, Ecuador
Teléfono: (593-2) 2986 666 • Fax: (593-2) 2986 664
E-mail: lawfirmecuador@law.com.ec
www.ecuadorianlawyer.com • www.ecuadorabogados.com

El principio Pacta Sunt Servanda en las controversias derivadas de los Tratados Bilaterales de Inversión:

Análisis del caso Murphy Exploration and Production Company vs. República del Ecuador (CIADI No. ARB/08/4)

Pablo A. Zambrano Albuja

Sumario

1. Introducción. **2.** Resumen del caso. **3.** Cuestiones fundamentales que se decidieron en la sentencia. **3.1** Consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI. **3.2** Inobservancia del plazo de seis meses de consultas y negociaciones. **4.** Conclusiones.

1. Introducción

El carácter obligatorio de los tratados es uno de los temas que más le interesan al Derecho Internacional, puesto que los Tratados son la fuente principal[1] de esta rama del Derecho y que se basan en el principio pacta *sunt servanda*[2] (todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe), que

1. Así lo estableció el artículo 7 de la Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907 que instituyó la Corte Internacional de Presas y así lo establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
2. Esta es una verdadera norma del *IUS COGENS,* que en palabras del el profesor Eduardo Jiménez De Arrechaga, "*son normas sobre las cuales no se permiten acuerdo en contrario, ello está en la naturaleza intrínseca de la regla imperativa*".

para muchos autores es la piedra angular del Derecho Internacional. Este principio está recogido en diversos instrumentos internacionales, como la Carta de la ONU, además de que existen dos Convenciones específicas sobre el Derecho de los Tratados, tanto para aquellos suscritos entre Estados como para aquellos suscritos entre Estados y organizaciones internacionales[3].

La solución pacífica de las controversias es otro de los principios sustanciales del Derecho Internacional, puesto que la Carta de la ONU[4] reconoce de manera clara y categórica la necesidad del mantenimiento de la paz y seguridad internacional. Por lo tanto los Estados y los demás sujetos internacionales deben utilizar métodos de solución pacífica a las controversias que puedan surgir entre ellos, siendo el Arbitraje uno de los más antiguos y útiles mecanismos a los cuáles se recurre para solucionar conflictos.

La supremacía de las normas del Derecho Internacional sobre el derecho interno es otro aspecto muy importante de materia y, aun cuando no existe unidad de criterios entre los diversos autores clásicos[5], existen abundantes fallos de los Tribunales regionales (Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo, Tribunal Andino de Justicia) en los cuales se destaca la primacía que tienen los Tratados Internacionales sobre las normas de derecho interno.

3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados (1969) y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986).
4. Artículo 2 numeral 3 de la Carta de la ONU.
5. Triepel y Anzilotti autores que propugnan la tesis "Dualista" defienden la posición de que las normas internas e internacionales son ordenamientos jurídico distinto e independientes, por lo que no puede aplicarse una norma de carácter internacional (aplicable entre Estados) a un individuo sometido al régimen jurídico de su Estado; mientras que autores como Kelsen, Verdross y Scelle defienden la tesis "Monista", esto es, el Derecho Internacional y el Derecho Interno es un solo sistema de normas, en el cual existe una jerarquía de las mismas, siendo las normas internacionales jerárquicamente superiores a las normas internas.

2. Resumen del caso[6]

El 3 de marzo de 2008, la compañía estadounidense Murphy Exploration and Production Company –en adelante Murphy– presentó ante el CIADI una solicitud de Arbitraje en contra de la República del Ecuador, alegando que Ecuador no le brindó un trato justo y equitativo a su inversión, puesto que con la expedición de la Ley 42-2006, que modificó el artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos, se violaron las cláusulas del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la región amazónica ecuatoriana, contrato que fue suscrito por varias empresas que conformaron un consorcio el 27 de enero de 1986, al que Murphy llegó a ser parte con autorización de las autoridades ecuatorianas el 28 de julio de 1987, en virtud de ser beneficiaria de una cesión del 10% de derechos en el contrato.

Murphy consideró que la reforma legal del año 2006, mediante la cual el Estado ecuatoriano aumentaba su participación de los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos, modificaba las cláusulas del contrato en el cual era parte como miembro del consorcio, al reconocer al Estado un 50% más de participación de los ingresos extraordinarios que se genere por diferencia de precios.

De igual manera, la demandante alegó que Ecuador al incumplir el Contrato, Ecuador violó la "cláusula paraguas" establecida en el artículo II(3)(c) del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos el 27 de agosto de 1993. Afirmó además, que Ecuador no le brindó protección y seguridad plena a su inversión, puesto que las medidas arbitrarias que tomó Ecuador perjudicaron su inversión y que, en definitiva, con la expedición de la Ley 42 y su reglamentación, Ecuador expropió su inversión[7].

6. El texto completo del laudo se encuentra en: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0548.pdf
7. Párrafo 41 del laudo.

Los abogados representantes de Ecuador, presentaron siete excepciones a la jurisdicción del Tribunal del CIADI[8], destacándose para efectos de este ensayo tres:

1) A la fecha en la que Murphy dio su consentimiento al arbitraje, el consentimiento de la República del Ecuador había dejado de existir, puesto que el 4 de diciembre de 2007 Ecuador, fundamentado en lo dispuesto en el artículo 25 (4) del Convenio CIADI notificó al CIADI que:
   "La República del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros.";
2) "Murphy no ha cumplido con el requisito de que las partes busquen un acuerdo amigable de las controversias mediante consulta y negociación antes de someterlas a arbitraje. Únicamente cuando se han realizado dichos intentos y no han dado resultado es que un tribunal establecido adquiere jurisdicción en virtud del TBI", por lo que la demandante no hizo esfuerzo para consultar o negociar su reclamo, habiendo notificado a Ecuador la existencia de una controversia relacionada con el TBI el 29 de febrero de 2008 y presentando la solicitud de arbitraje el 3 de marzo de 2008; y,
3) Murphy no cumplió con "el período obligatorio de seis meses de espera requerido por el TBI antes de poder someter sus reclamo a arbitraje".

El Tribunal conformado por Raúl E. Vinuesa, Horacio Grigera Naón y Rodrigo Oreamuno Blanco, realizó un pormenorizado análisis de la alegación de jurisdicción propuesta por la República del Ecuador. Por decisión unánime, el Tribunal decidió rechazar la excepción planteada por Ecuador con respecto a la inexistencia de su consentimiento para someterse a la jurisdicción

8. Se encuentran detalladas en los párrafos 43 a 51 del laudo.

del CIADI; y por mayoría, de los Árbitros Vinuesa y Oreamuno, acoger la alegación de Ecuador en el sentido de que la accionante Murphy inobservó el plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establece el Artículo VI del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos. Como consecuencia de lo anterior, resolvió que el CIADI no tiene jurisdicción para tramitar la demanda y el Tribunal carece de competencia para resolverlo. Por mayoría declaró que las partes deben asumir a mitades los honorarios y gastos del Tribunal, así como los derechos de uso del CIADI, y pagar cada una los honorarios de sus abogados[9].

El Árbitro Horacio Grigera Naón, emitió un voto parcial disidente y se apartó de la mayoría, al considerar que la controversia se originó con la promulgación de la Ley 42 (25 de abril de 2006), además de que la compañía REPSOL, operadora del consorcio del cual Murphy era parte, envió una nota al gobierno ecuatoriano (informándole de las violaciones al convenio suscrito entre España y Ecuador), por lo que si existió el cumplimiento del requisito previo por parte de Murphy para presentar la demanda de arbitraje; finalmente analiza la "*futilidad de las negociaciones*" toda vez que las partes mantenían una posición firmemente antagónica; además de que el Presidente de Ecuador realizó unas declaraciones en que mencionaba que los contratos petroleros anteriores se transformarían en contratos se servicios, esto es una "concepción jurídica distinta del régimen instrumentado a través de los contratos petroleros"[10], por lo que todo proceso de negociación habría sido infructuoso.

9. Párrafo 161 del laudo.
10. Párrafo 25 del voto disidente parcial.

3. Cuestiones fundamentales que se decidieron en la sentencia

3.1 Consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI

El 27 de agosto de 1993, Ecuador y Estados Unidos de América, suscribieron un Tratado Bilateral de Inversiones, el mismo que en el Artículo VI diversas formas de solución de controversias, una vez que surja una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, entre las cuales figura el Arbitraje obligatorio:

i) Del centro internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el Centro) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 10 de marzo de 1965 (Convenio del CIADI), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio"[11], es decir hay una obligación emanada de un Tratado Internacional para el sometimiento al arbitraje ante el CIADI.

Ahora bien, los TBI son tratados internacionales, de carácter específico, pero como todos los tratados se encuentran sometidos a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Dicha Convención es un instrumento fundamental, que codifica las normas de la costumbre internacional que los Estados utilizaban para la adopción de Tratados y que fue elaborada a instancias del trabajo que realizó la Comisión de Derecho Internacional creada por la ONU, que en palabras de Truyol y Serra "desempeñó un papel de primer orden, en particular, por sus proyectos de convenios sujetos a discusión y aprobación por parte de conferencias de Naciones Unidas consagradas a las diferentes ramas del Derecho Internacional. Bastará recordar aquí las convenciones de Ginebra de 1958 y de Montego Bay 1982 sobre el

11. Artículo VI numeral 3 del TBI.

Derecho del mar, las de Viena sobre el Derecho de las relaciones diplomáticas (1961), el Derecho de las relaciones consulares (1963) y el Derecho de los tratados (1969)"[12].

Precisamente, el Tribunal de Arbitraje en el caso Murphy hace mención a la Convención de Viena, cuando analiza las objeciones de Ecuador en relación a la jurisdicción del Tribunal, respecto a la notificación que dicho Estado hizo al CIADI el 4 de diciembre de 2007 sobre decisión de no consentir someter controversias ante el CIADI que versen sobre actividades económicas relacionadas con recursos naturales, incluido petróleo, notificación fundamentada en el artículo 25 (4) de la Convención que crea el CIADI.

Para el Tribunal, el artículo 25 (4) "les permite a los Estados contratantes notificar al Centro la clase de diferencias que aceptarían someter, *en el futuro*, a su jurisdicción"[13], lo que no es aplicable en este caso, por lo que para el Tribunal una notificación hecha conforme al artículo 25(4) del Convenio CIADI no puede modificar unilateralmente el consentimiento dado en otro tratado. El consentimiento del Estado en el presente caso está plasmado en un tratado celebrado entre dos Estados soberanos (el TBI entre Ecuador y los Estados Unidos de América), que genera derechos a favor de los inversores de uno y otro Estado. El principio *pacta sunt servanda* exige la observancia de buena fe de todas las obligaciones contenidas en el TBI. En este sentido, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados bajo el título *Pacta sunt servanda*, prescribe que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe"[14].

Esta argumentación del Tribunal es la clave y la esencia misma de la motivación jurídica que le permite rechazar, por unanimidad de los tres árbitros, la alegación por parte de Ecuador sobre la incompetencia del Tribunal en virtud de una declaración unilateral que pretende excluir las obligaciones emanadas de un

12. Truyol y Serra Antonio, "Historia del Derecho Internacional", Editorial Tecnos, Madrid 1998.
13. Párrafo 72 del laudo.
14. Párrafo 73 del laudo.

Tratado Internacional, puesto que no el TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, ni el Convenio CIADI "permiten a las partes retirarse de su aplicación con efecto inmediato"[15].

Si bien es cierto el retiro, la terminación o la enmienda de los tratados y en este caso del TBI, son permitidas, dichas acciones deben estar regidas por las normas de dicho Tratado y, supletoriamente, por las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en virtud de que tales normas son consideradas normas del Derecho Internacional general. De hecho, el artículo 54 de la Convención de Viena dispone que "La terminación de un tratado o el retiro de una Parte podrán tener lugar: a) Conforme a las disposiciones del tratado; o b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes" y el artículo XII.2 del TBI dispone que "Cualquiera de las partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación".

Por lo tanto las alegaciones de Ecuador, respecto a su declaración unilateral de no someter cierto tipo de controversias ante el CIADI, quedan sin sustento jurídico alguno, puesto que violan el elemental principio *pacta sunt servanda* que es la piedra angular del Derecho Internacional moderno.

Si es que un Estado no tiene cabal comprensión de sus obligaciones internacionales y es incapaz de aceptar la existencia de principios básicos del Derecho Internacional, sin lugar a dudas perderá credibilidad en el contexto internacional –desde el punto de vista de la política internacional– e incluso puede incurrir en una violación grave del Derecho Internacional, que acarrea responsabilidad internacional.

Sin duda este argumento de defensa de Ecuador no tenía el sustento jurídico y fáctico adecuado, ya que la consecuencia elemental de un Tratado Internacional que está vigente, es que el mismo entra a regir y produce efectos "sobre todo el territorio sometido a competencia del Estado contratante. Los órganos estatales, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, están obligados a cumplir y hacer cumplir las disposiciones de los tratados"[16], precisamente son los órganos del Estado y, en este caso el Jefe de Estado, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores los llamados a hacer cumplir las normas internacionales vigentes y no deberían promover el incumplimiento de las mismas.

15. Párrafo 87 del laudo.

Es importante mencionar que la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno ha sido ampliamente reconocida por los Tribunales Internacionales desde hace décadas, así por ejemplo la Corte Permanente de Justicia Internacional en varios casos establece la supremacía del Derecho Internacional:

i) Caso del Tratamiento de nacionales polacos en Dazing argumenta que "Debe observarse que de acuerdo con los principios jurídicos generales, un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con vistas a evadir obligaciones que le incumben de acuerdo con el derecho internacional o con tratados vigentes"[17]
ii) Caso de las comunidades greco búlgaras: "Es un principio generalmente aceptado del derecho internacional que en las relaciones entre las potencias que son partes contratantes de un tratado, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las del tratado"[18]

El Tribunal Andino de Justicia, de igual manera se ha pronunciado varias veces por la supremacía del Derecho Comunitario frente a las normas del Derecho Interno, a continuación dos ejemplos:

16. Gamboa serazzi Fernando y Fernandez Undurraga Macarena, Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración", Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006.
17. Citado por Julio Barboza "Derecho Internacional Público", Segunda Edición, Editorial Zavalía Buenos Aires, 2008.
18. *Ibidem.*

i) Proceso 30-IP-98: En primer término, es necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, dada la característica intrínseca de primacía, requisito este existencial para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo - 05 junio 1980), cuando declaró la "validez plena" de los siguientes principios:
   a) El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales.
   b) El ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros.[19]

ii) Proceso 34-AI-2001 realizó las siguientes consideraciones: "En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en el caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria (…).. Se trata, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas (…)". En definitiva, frente a la norma comunitaria, los Estados Miembros "(…) no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o en prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario.[20]

19. intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/30-IP-98.doc

Pero no sólo la jurisprudencia, sino que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la cual el Ecuador es parte, en su artículo 27 manda que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46" por lo tanto existe norma expresa, la doctrina lo reafirma y los Tribunales Internacionales han aplicado el principio de supremacía de las normas internacionales sobre las normas internas.

Es claro entonces que la supremacía del Derecho Internacional tiene su razón de ser en la seguridad jurídica y la certeza que debe existir en el ámbito internacional para regular las relaciones de los Estados y los demás sujetos internacionales. Las normas contenidas en los Tratados tienen una preeminencia sobre las normas internas, por lo tanto los Tratados deben ser respetados tanto en el ámbito interno como externo de los Estados, puesto que si fuese al contrario, existiría un caos jurídico a nivel mundial que simplemente impediría cualquier tipo de interacción y relacionamiento entre los Estados, por la carencia de un orden normativo.

Por lo tanto la defensa de Ecuador al objetar la jurisdicción del CIADI, mediante el desconocimiento de normas internacionales (TBI y Convenio CIADI) fundamentado en una nota diplomática enviada al Secretario del CIADI en la cual el Estado manifiesta su desconocimiento a la jurisdicción de dicho Centro (con base a normas de su derecho interno), no se sujeta a las normas de Derecho Internacional y deviene en improcedente, puesto que, como menciona el Tribunal "el retiro, la terminación o enmienda del TBI deben regirse por las normas de ese Tratado y, supletoriamente, por el Derecho Internacional General, codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados"[21] reafirmando además el Tribunal, que con esta alegación de

20. intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/34-AI-2001.doc

Ecuador se "pretende desconocer los alcances y efectos hacia el futuro que tiene la segunda oración de su notificación de diciembre de 2007, ignorar la irrevocabilidad de su consentimiento al arbitraje CIADI otorgado en el TBI y violentar las normas aplicables al retiro y a la modificación de las obligaciones contraídas por esa Nación, tanto en el TBI como en el Convenio CIADI"[22].

3.2 Inobservancia del plazo de seis meses de consultas y negociaciones

Los abogados de la República del Ecuador argumentaron que Murphy incumplió la disposición contenida en el artículo VI (3) (a) del TBI que dispone la espera de seis meses previo a la presentación de la demanda de arbitraje, ya que Murphy notificó al Ecuador el 29 de febrero de 2008 mediante carta, que tenía un reclamo originado en una inversión hecha según el TBI, por lo que su representada apenas conoció de la existencia de la controversia a partir de esa fecha, y Murphy presentó su solicitud de arbitraje ante el CIADI casi inmediatamente, esto es el 3 de marzo de 2008.

Por otro lado "la demandante sostiene que la controversia surgió en abril de 2006, cuando el gobierno sancionó la Ley 42 y, por lo tanto, el período de seis meses contados a partir de esa fecha se cumplió en septiembre del 2006"[23], de acuerdo con Murphy el período de espera se cuenta a partir de la fecha en la que el Estado tuvo conocimiento de la controversia y no desde la fecha en que formalmente, mediante una carta o comunicación, se establece el reclamo. Sin embargo, Murphy no toma en cuenta lo dispuesto en el número 2 del artículo VI del TBI que dispone "Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla podrá

21. Párrafo 86 del laudo.
22. Párrafo 88 del laudo.
23. Párrafo 93 del laudo.

optar por someterla a una de las siguiente vías para su resolución".

La norma del TBI antes citada es precisamente la cláusula que determina la obligación de tener un "período de enfriamiento" que permita a las partes explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso, sin necesidad de recurrir a un procedimiento jurisdiccional y costoso como lo es un Arbitraje.

De acuerdo con Rubén Eduardo Tempone

> *"La etapa de negociaciones directas o consultas amistosas, refleja el esfuerzo del sistema por conciliar la tensión que subyace en toda controversia en materia de inversiones extranjeras. Por un lado, las expectativas del inversor extranjero de que las condiciones políticas, económicas y legales, bajo las que concibió su proyecto financiero, permanezcan durante el transcurso del mismo. Por otro lado, la potestad soberana del estado de regular la actividad económica, según lo que requieran las necesidades sociales o políticas-económicas en un determinado momento… Por ello, la habilitación del procedimiento jurisdiccional requiere que las partes agoten esta primera etapa"*[24].

Para Tempone, la etapa de negociación permite conciliar las posiciones de las partes en un momento de alta tensión como lo es la notificación de una controversia que hace el inversionista al Estado. Esta fase genera un espacio en el cual se puede analizar y discutir abiertamente sobre los desacuerdos existentes, pudiendo las partes analizar a fondo el problema y gestionar el mismo a través de distintas técnicas de negociación. Importante también destacar la obligación de agotar esta etapa previa a un Arbitraje, que no es un requisito de forma, sino de fondo, como se verá más adelante.

El Tribunal considera que el requisito de espera de seis meses contado desde la fecha en que surgió la diferencia, "comprende toda diferencia en materia de inversión"[25]. Precisamente el Tri-

24. Tempone Rubén Eduardo, "Protección de Inversiones Extranjeras", Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 2003.

bunal manifiesta que coincide con lo expresado en la decisión sobre jurisdicción que se adoptó en el caso Burlington vs. Ecuador[26], en el cual considera el significado de "diferencia" remite a la definición de "diferencia en materia de inversión", por lo que si Murphy fundamentó su solicitud de arbitraje en la violación del TBI, el Tribunal debe tener en consideración aquella diferencia en materia de inversión que sea pertinente y relacionada con una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido en el mismo TBI, debiendo existir de forma clara y precisa "un reclamo sobre la presunta violación del TBI"[27].

Aun cuando el TBI no exige un requisito formal de notificación, es necesario que el Estado tenga conocimiento de las alegaciones sobre presuntas violaciones al mismo, previo a activar el Arbitraje, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo VI de dicho Tratado. Dentro del proceso Murphy no aportó evidencia suficiente que demuestre que Ecuador tuviera conocimiento de la existencia de una diferencia relacionada con el TBI, con anterioridad al 28 de febrero de 2008[28], siendo evidente que la presunta violación del TBI debe obligatoriamente ser conocida por la parte demandada, para poder computar efectivamente el plazo de los seis meses y permitir a las partes resolver sus diferencias de manera negociada.

El Tribunal cita el caso Lauder contra la República Checa, en el que los Árbitros dijeron

> *"Sin embargo, el período de espera no corre desde la fecha en la que ocurrió el alegado incumplimiento sino desde la fecha en la cual se le avisó al Estado de que ese incumplimiento ha ocurrido. Esto resulta del propósito del período de espera, que es el de permitirle a las partes celebrar negociaciones de buena fe antes de iniciar el arbitraje"*[29].

25. Párrafo 99 del laudo.
26. Caso CIADI No. ARB/08/5 Decisión sobre jurisdicción del 2 de junio de 2010.
27. Párrafo 103 del laudo.
28. Ver párrafo 105 del laudo.
29. Caso *Ronald S. Lauder vs. República Checa* sustanciado bajo reglas de la CNUDMI del 3 de septiembre de 2001.

Murphy alegó que Ecuador tuvo conocimiento de la controversia por medio de la Embajada de los Estados Unidos de América en ese país, cuando esta criticó la Ley, además de que su subsidiaria en Ecuador y el operador del Consorcio, REPSOL, impugnaron la aplicación de las medidas durante el tiempo en que trabajaron con el Gobierno para negociar una resolución amigable. De igual manera afirmó que "aun cuando no hubiere cumplido con el Artículo VI del TBI –aunque sí lo hizo– estaría excusado de hacerlo ya que las negociaciones con el Ecuador resultaban inútiles"[30], en clara alusión a la nueva política petrolera implementada por el gobierno del presidente Correa. Finalmente, en criterio de Murphy, el incumplimiento de un período de espera no constituye un impedimento para la jurisdicción, puesto que es un "requisito procesal" y no jurisdiccional.

Este argumento no fue aceptado por el Tribunal, puesto que

> *"la obligación de negociar es una obligación de medio, no de resultado. Nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo. Para determinar si unas negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas. La obligación de consultas y negociaciones es de ambas partes"*[31].

De igual manera, el Tribunal consideró como inaceptable la posición de Murphy de que los requisitos procesales son de una categoría inferior a los jurisdiccionales y en consecuencia, su inobservancia no tiene consecuencias jurídicas, puesto que se está violando el artículo 31 de la Convención de Viena que trata sobre la interpretación de los Tratados Internacionales. El Tribunal transcribe una alegación de Ecuador, en referencia al caso ENRON vs. Argentina, en la cual el Tribunal dijo

> *"el tribunal desea señalar, en este sentido, que la conclusión alcanzada no se debe a que el período de seis meses de negociación pudiera ser un mero requisito de procedimiento de carácter no jurisdiccional, como han argumentado las Demandantes y afirmado otros tribuna-*

30. Párrafo 117 del memorial de objeciones a la jurisdicción de la demandada presentado por Murphy.
31. Párrafo 135 del laudo.

les. En opinión de este Tribunal, dicho requisito reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción"[32].

En base a los razonamientos jurídicos y a la jurisprudencia citada, el Tribunal, por mayoría, considera que Murphy no cumplió con lo previsto en el Artículo VI del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, por lo que la consecuencia de dicho acto constituye un grave incumplimiento, que resulta en la incompetencia del Tribunal para conocer el caso.

4. Conclusiones

El análisis de un caso ante el CIADI permite hacer un estudio de diversos tópicos de gran interés en el Derecho Internacional, que son de gran utilidad y sobre todo vigentes puesto que existen varios casos que se están sustanciando ante Tribunales Internacionales de Arbitraje que se fundamentan en los TBI, en los cuales han sido demandados países sudamericanos.

Como se mencionó en el resumen del caso, Murphy presentó una demanda fundamentada en el TBI suscrito entre la República del Ecuador y Estados Unidos. Los TBI son instrumentos muy utilizados en los países en vías de desarrollo, sin embargo han recibido varias críticas, por cuanto los inversionistas utilizan el arbitraje como un mecanismo de presión por parte de inversionistas extranjeros y empresas multinacionales en contra de los Estados, puesto que en virtud de estos tratados los países ceden una potestad pública fundamental, la de juzgar, a Tribunales Internacionales lo cual es considerado una pérdida de la soberanía para gobiernos, como lo han mencionado las máximas autoridades de algunos países de la región.

Aun cuando existen grandes críticas a los TBI y países como Ecuador han entrado en un proceso de denuncia de todos estos

32. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P., vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/13.

Tratados, mientras los mismos se encuentren en vigencia o sigan generando efecto, deben ser respetados en virtud del principio *pacta sunt servanda*, el mismo que es sustancial para la existencia del Derecho Internacional. El respeto a los Tratados y demás obligaciones internacionales es una norma de convivencia elemental que deben respetar los Estados y los demás sujetos internacionales, y en caso de incumplimiento los Tribunales son los llamados a hacerlos respetar, como se lo hizo en el presente caso.

En este fallo analizado, el Tribunal adoptó una decisión que es clave y correcta para salvaguardar los principios y las normas del Derecho Internacional, puesto que no se pueden soslayar ciertas disposiciones de un Tratado Internacional para aplicar otras, así como tampoco se pueden aceptar argumentos como los esgrimidos en la primera alegación de Ecuador, toda vez que se violan disposiciones expresas del TBI y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

NOBOA, PEÑA, LARREA & TORRES
ABOGADOS
www.legalecuador.com

OFICINA QUITO
AMAZONAS No 4080 Y NACIONES UNIDAS, EDIFICIO PUERTA DEL SOL, PISO 4.
Teléfono: PBX. 593-2 2261820
Fax: 593-2 2261766

OFICINA GUAYAQUIL
JUNIN No 105 Y MALECÓN SIMÓN BOLÍVAR, EDIFICIO VISTA AL RÍO, PISO 2.
Teléfono: PBX. 593-4 2300814
Fax: 593-4 2302113

Asociados en Perú:
MUÑIZ, RAMIREZ,PEREZ - TAIMAN & OLAYA Abogados
LIMA, Perú
Las Begonias 475, 6to piso, San Isidro
Telf. 511- 6117000 Fax: 511-6117030
www.munizlaw.com

Asociados en Costa Rica:
LEXIS INVESTMENT & SERVICES Abogados
SAN JOSÉ, Costa Rica
Ofiplaza del Este, Edificio A, Primer Piso, Oficina A-5
San Pedro de Montes de Oca
Telf. 506- 22531726 Fax: 506-22531759
www.lexisabogados.com

Asociados en Panamá:
GLOBAL CORPORATE CONSULTANTS INC.
PANAMA, Panama
Credicorp Bank Plaza, Piso 26
Avenida Nicanor de Obarrio, Calle 50
PO BOX 0832-02325 Telefax: (507) 263 - 0006 / 263-4194
www.globcorp.net

4. Sección
Sobre los Autores

Lucas Bento

LLB (con los más altos honores), LLM, Diploma de posgrado (con distinción). El autor es abogado litigante de Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan en Nueva York y Presidente del Subcomité de Arbitraje Internacional del Comité de Asuntos Intraamericanos del Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York. Cuenta con experiencia en tribunales estatales y federales de Nueva York, así como arbitrajes bajo las reglas de la ICC y ICDR. Antes de unirse a Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, Bento trabajó para un juez federal de los Estados Unidos en Nueva Jersey, una consultora de recursos naturales en Brasil, y como profesor de Derecho en la Universidad de Oxford en Inglaterra. El autor agradece a Matthew Lee y Guled Yusuf por sus comentarios sobre un borrador previo de este artículo. Es importante recalcar que no se debe asumir que ellos están de acuerdo con las opiniones aquí contenidas, ni con mi expresión de ellas.

Eduardo Zuleta

Socio, Gómez-Pinzón Zuleta Abogados. Árbitro de la lista del CIADI designado por el Presidente del Banco Mundial. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres. Co -Presidente del Comité de Arbitraje del "International Bar Association". Vicepresidente de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Miembro del Consejo Directivo del International Council for Commercial Arbitration (ICCA). El autor agradece la invaluable colaboración de Marìa Marulanda, Laura Sinisterra y Sebastián Mantilla en la preparación de este escrito. Este artículo fue previamente publicado en el Libro Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y Aplicación de la ley 1563 de 2012, obra publicada por el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, el Comité Colombiano de Arbitraje y Legis Editores S.A. en el año 2013.

Jaime Vintimilla

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Diplomado Superior en Manejo de Conflictos por la Universidad Técnica Federico Santa María y Universidad de las Américas, Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universitat de Valencia, España. Profesor en la Universidad San Francisco de Quito, Profesor de postgrado en la Universidad Alcalá de Henares. Mediador y árbitro en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Mediador en los Centros de Mediación del Colegio de Abogados de Quito y de la Cámara de Comercio Ecuatoriano americana. Articulista del diario La Hora. Director del Centro de Mediación y Arbitraje de la USFQ. Director Ejecutivo del Centro sobre Derecho y Sociedad CIDES. Consultor nacional e internacional.

Francisco González de Cossío

Francisco González de Cossío obtuvo su licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana. Cuenta con una maestría y doctorado por la Universidad de Chicago (en análisis económico del Derecho), así como un grado de negocios y finanzas por la Universidad de Harvard. Es experto en arbitraje. Áreas de especial experiencia y actividad son construcción y energía. También actúa como abogado de parte y experto. Es miembro de la Corte de la London Court of International Arbitration. Árbitro del Tribunal Arbitral del Deporte (Tribunal Arbitral du Sport) y Presidente del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC). Es autor de ocho libros sobre arbitraje y competencia económica así como más de 150 artículos especializados sobre arbitraje, competencia económica y análisis económico del derecho. Imparte las cátedras de arbitraje y competencia económica en la Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho.

Eduardo Silva

Eduardo Silva Romero es socio de las oficinas de París y Washington D.C. de Dechert. Especialista en procesos contenciosos y arbitrajes internacionales. Ha supervisado numerosos arbitrajes ante tribunales arbitrales en todo el mundo. Ex-Consejero Adjunto, Consejero y Secretario General Adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Áreas de especial experiencia y actividad son hidrocarburos, contratos internacionales de compraventa y de distribución, construcción, fusiones y adquisiciones y arbitrajes en materia de energía eléctrica. Ha actuado como abogado en arbitrajes CCI, CIADI, AAA y ante la Cámara de Comercio de Estocolmo así como en arbitrajes ad hoc llevados de conformidad con el Reglamento CNUDMI. Se unió a Dechert en 2005 luego de haber trabajado en Coudert Brothers en París. Reconocido como uno de los 45 mejores abogados de menos de 45 años de edad por la Global Arbitration Review, también es mencionado por Legal 500, Chambers Europe, Chambers Latin America y Décideurs Stratégie Finance Droit.

Rodrigo Jijón

Rodrigo Jijón es socio y Presidente de Pérez Bustamante & Ponce Abogados, uno de los estudios jurídicos más prestigiosos del Ecuador. Encabeza el área de litigios y de resolución alternativa de conflictos de la firma. Su experiencia incluye complejos y desafiantes litigios civiles y comerciales, demandas ambientales y constitucionales y arbitraje local e internacional. El Dr. Jijón es árbitro de la Cámara de Comercio de Quito y de la Cámara de Comercio Ecuatoriana-Americana. Ha sido miembro de los comités encargados de enmiendas a la Ley de Arbitraje y al Código de Procedimiento Civil auspiciados por la Corporación Latinoamericana de Desarrollo, árbitro del Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados

y Nacionales de otros Estados (CIADI). También ha sido profesor de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica de Quito y profesor en los cursos de posgrado de Derecho Financiero en la Universidad Andina Simón Bolívar. En la actualidad es profesor de Derecho Procedimiento Civil en la Universidad San Francisco de Quito. El Dr. Jijón es autor de numerosos artículos en revistas jurídicas y en otras publicaciones nacionales e internacionales, frecuente expositor en conferencias nacionales e internacionales y ha sido reconocido en varias publicaciones internacionales como experto en litigios y arbitraje.

Daniela Páez

Abogada suma cum laude por la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Curso de Derecho Internacional Privado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya, La Haya, Holanda (2012). Curso de Arbitraje Internacional en la Academia Internacional de Arbitraje, París, Francia (2012).Curso de Postgrado en Derecho Civil en la Universidad de Salamanca, España (2013). Organizadora II y III Concurso Nacional de Arbitraje organizado por AMCHAM y Universidad San Francisco de Quito, Ecuador (2012 – 2014). Profesora Asistente en las materias de Objetos del Derecho (2011- 2014), Teoría General del Negocio Jurídico (2011- 2014) en la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Abogada junior en Pérez, Bustamante & Ponce, Quito, Ecuador (2012-2014). Candidata a máster (LLM) por la Universidad de Harvard, Cambridge, USA (2014 - 2015). Áreas de práctica Derecho Comercial, Energía, Litigación y Arbitraje.

Pablo Zambrano

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE (1991-1997). Master en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar (años

2006-2007). Cursando Estudios de PhD en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2013-2015). Profesor de Recursos Administrativos, Arbitraje y Mediación en la Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Técnica Particular de Loja y Universidad Técnica de Ambato (2007-2014). Profesor de Derecho Internacional Público y sistemas Jurídicos Comparados en la Universidad de las Américas (2002-2013). Director del Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de la Construcción, CENAMACO (2007-2008). Secretario Arbitral en más de 80 juicios arbitrales sustanciados en los Centros de Arbitraje de la CCQ, AMCHAM y CENAMACO desde 1998 a 2011.